

INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA



Marco Jorge da Costa Pereira

Aspirante a Oficial de Polícia

Dissertação de Mestrado em Ciências Policiais

XXII Curso de Formação de Oficiais de Polícia

**INTERVENÇÕES CORPORAIS NA RECOLHA DE
VESTÍGIOS BIOLÓGICOS (ADN) PARA FINS CRIMINAIS
-A ACÇÃO DA PSP-**

Orientador:

Subintendente Manuel Monteiro Guedes Valente

LISBOA, 26 DE ABRIL DE 2010





**Estabelecimento de
Ensino**

*Instituto Superior de Ciências Policiais e
Segurança Interna*

Curso

*XXII Curso de Formação de Oficiais de
Polícia*

Orientador

*Subintendente Manuel Monteiro Guedes
Valente*

Tema

*INTERVENÇÕES CORPORAIS NA RECOLHA
DE VESTÍGIOS BIOLÓGICOS (ADN) PARA
FINS CRIMINAIS-A ACÇÃO DA PSP-*

Autor

*Marco Jorge da Costa Pereira
Aspirante a Oficial de Polícia*

Em

Lisboa, 26 de Abril de 2010

"O valor das coisas não está no tempo em que elas duram, mas na intensidade com que acontecem. Por isso existem momentos inesquecíveis, coisas inexplicáveis e pessoas incomparáveis".

FERNANDO PESSOA

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, ARMANDA e FRANCISCO,
Aos meus irmãos, ADELINO e RÚBEN e
A TI,
Na minha ausência sempre presentes.

Obrigado!

AGRADECIMENTOS

Desde o início do CFOP, até à conclusão desta investigação auferimos do apoio, confiança e disponibilidade de imensas pessoas e instituições. Sem estes contributos esta investigação não se concretizaria. Com efeito, de seguida prestamos o nosso singelo mas sentido reconhecimento:

Ao nosso orientador, Subintendente MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, por toda a disponibilidade e erudição patenteadas, pelos reptos com que nos foi estimulando e por todas as sugestões e críticas que foi apontando.

Aos entrevistados, na pessoa do Professor Doutor GERMANO MARQUES DA SILVA, do Professor Doutor MÁRIO FERREIRA MONTE, do Mestre JOÃO DA COSTA ANDRADE, do Procurador-Adjunto JOSÉ RAMOS, da Subcomissário ANGELINA RIBEIRO e do Chefe GALHARDAS, pela profícuas respostas, dispondo do seu tempo, tornando exequível esta investigação.

Ao ISCPSI, pelos últimos cinco anos da nossa vida, pela casa que nos abrigou, pelos ensinamentos que nos inculcou e por fazer de nós uma pessoa diferente, quem sabe, melhor.

Ao XXII CFOP, o nosso curso, pelas experiências únicas, as quais jamais esqueceremos.

À “XAPARIA”, pela amizade com que sempre nos brindou, com a qual sempre desejamos partilhar os bons momentos e a qual sempre nos abrigou nos momentos menos bons.

Ao DENNIS DA CRUZ, ao DANIEL MARQUES e ao BRUNO MACHADO, pela desinteressada amizade que sempre nos uniu.

Aos NOSSOS AMIGOS, por tudo aquilo que lhes cobramos e tantas vezes não soubemos retribuir.

Por último, uma palavra especial A TODOS AQUELES, cujo nome não pronunciei, mas que de alguma forma ajudaram a tornar possível a conclusão desta Dissertação.

A TODOS O MEU PROFUNDO AGRADECIMENTO.

RESUMO

Numa sociedade moderna marcada pelas evoluções tecnológicas e científicas, a ciência por meio da identificação genética revolucionou o direito, num contexto geral, e o processo penal, em especial, no plano de investigação criminal. Deve o direito actuar no sentido de legitimar este meio de prova, dada a susceptibilidade de lesar direitos fundamentais, mormente quando a recolha de vestígios biológicos se alcança mediante ingerência no corpo humano.

Com efeito, o sujeito processual deve, nos termos demarcados na lei, submeter-se a esta perícia que se concretiza na recolha e análise do material biológico. Admitindo-se que, quando proporcionalmente adoptada, esta medida se efective ainda que limitando certos direitos fundamentais, em caso algum podendo restringir a dignidade da pessoa humana enquanto primado unificador dos restantes direitos fundamentais.

À luz do carácter pouco definido deste regime no seio do ordenamento jurídico português, em caso de recusa do cumprimento de recolha, sobre o visado não recaem quaisquer consequências. De resto, sublinhando-se a inadmissibilidade do uso da força como modo de efectivar a recolha.

Atendendo à estrutura processual legalmente consagrada e ao papel funcional de auxiliares que caracteriza os OPC's, e a PSP em particular, não se acolhe que estes possam ordenar uma recolha de vestígios biológicos, ainda menos, quando perpetrada com intervenção corporal. Há que evitar uma *policialização* da investigação criminal, não cedendo ao interesse geral em prejuízo da instrumentalização da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Identificação; ADN; intervenção corporal; investigação criminal; Polícia de Segurança Pública.

ÍNDICE

ÍNDICE DE ANEXOS.....	x
-----------------------	---

LISTA DE SIGLAS	xi
-----------------------	----

INTRODUÇÃO

A) TEMÁTICA E OBJECTIVOS	1
B) PROBLEMÁTICA DE INVESTIGAÇÃO E HIPÓTESES	2
C) CONTEXTO DA INVESTIGAÇÃO.....	3
D) NOTA METODOLÓGICA.....	3

CAPÍTULO I – CONTORNOS DO PROGRESSO DA BIO-GENÉTICA NO ENCETO DO NOVO SÉCULO. DA IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA À PROVA PENAL

1.1- Ciência e Direito. Paradoxo harmonioso	5
1.2- A Identificação do suspeito como pressuposto para a realização da Justiça.....	6
1.3- Ácido Desoxirribonucleico: a Identificação Genética	
1.3.1- Evolução histórica e definição de ADN.....	7
1.3.2- Características que distinguem a identificação genética.....	9
1.3.3- Indícios biológicos com interesse criminal.....	11
1.3.4- Análise das Técnicas usadas nas perícias em ADN	12
1.4- ADN como complemento da Investigação Criminal	14
1.5- Da Prova Penal Científica	
1.5.1- A actividade probatória em processo penal: prova, meios de prova e meios de obtenção de prova	16
1.5.2- A corporalização da Identificação Genética enquanto Prova Científica: perícias ou exames.....	19

CAPÍTULO II – A PESSOA HUMANA COMO SUJEITO DE PROVA. INTERVENÇÕES CORPORAIS: RECOLHA DE MATERIAL BIOLÓGICO PARA IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA

1.1- A pessoa humana como sujeito passivo	23
1.2- A prova por perícias em ADN mediante intervenção corporal e a tutela dos Direitos Fundamentais.....	24
1.2.1- Dignidade da pessoa humana como primado unificador dos Direitos Fundamentais	26

1.2.2- A intangibilidade da Integridade pessoal?	28
1.2.3- O Direito de reserva da intimidade da vida privada ou à autodeterminação in- formacional	32
1.2.4- O direito ao silêncio e à não «auto-incriminação» acolhidos na presunção de ino- cência como direito fundamental subjectivo constitucionalizado do cidadão	35
1.3- Pressupostos de intervenção corporal na recolha de vestígios biológicos	38
1.3.1- A existência de uma Lei expressa (<i>Lex praevia, scripta, certa et stricta</i>).....	38
1.3.2- Necessidade de prévia Autorização Judicial	40
1.3.3- A necessária observação do princípio da proporcionalidade <i>lato sensu</i>	41
1.4- A sujeição a recolha de vestígios biológicos (ADN) elevada a obrigação processual...	43

CAPÍTULO III – A ACÇÃO DA PSP NA RECOLHA DE VESTÍGIOS BIOLÓGICOS (ADN): INTERVENÇÃO CORPORAL

1.1- A actividade investigatória e a recolha de vestígios na PSP: da génese à actualidade ..	46
1.1.1- A Unidade de Polícia Técnica	48
1.1.1.1- Equipas de Identificação e Inspecção Judiciária.....	49
1.2- As EIJ e a recolha de vestígios biológicos.....	50
1.3- As EIJ e a recolha de vestígios biológicos, em especial, mediante intervenção corporal: procedimentos	53
1.4- APC e a competência para ordenar uma recolha de vestígios biológicos. Perspectiva Histó- rico – Comparativa	55
 CONCLUSÃO	 59
BIBLIOGRAFIA	62
DOCUMENTAÇÃO ANEXA	A

ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo A. Dados relativos às recolhas biológicas e lofoscópicas efectuadas durante o ano de 2009 pela PSP	B
Anexo B. Entrevista ao Exmo. Sr. Professor Doutor Germano Marques da Silva	D
Anexo C. Entrevista ao Exmo. Sr. Professor Doutor Mário Ferreira Monte	G
Anexo D. Entrevista ao Exmo. Sr. Mestre João da Costa Andrade	K
Anexo E. Entrevista ao Exmo. Sr. Procurador-Adjunto José Ramos	O
Anexo F. Entrevista à Exma. Sra. Subcomissário Angelina Ribeiro	S
Anexo G. Entrevista ao Exmo. Sr. Chefe Galhardas	Y

LISTA DE SIGLAS

Ac. TC	– Acórdão do Tribunal Constitucional
Ac. TRP	– Acórdão do Tribunal da Relação do Porto
ADCMDT	– Adjunto do Comandante
ADN	– Ácido Desoxirribonucleico
ADNmt	– ADN Mitocondrial ou <i>Mitochondrial DNA</i>
APC	– Autoridade de Polícia Criminal
BSP	– Brigada de Serviço Permanente
CAA	– Chefe da Área Administrativa
CAO	– Chefe da Área Operacional
CC	– Código Civil
CEDH	– Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CEJ	– Centro de Estudos Judiciários
CFOP	– Curso de Formação de Oficiais de Polícia
CJA	– <i>Criminal Justice Act</i>
CJPOA	– <i>Criminal Justice and Public Order</i>
CMDT	– Comandante
CNPD	– Comissão Nacional de Protecção de Dados
CP	– Código Penal
CPP	– Código de Processo Penal
DEDH	– Declaração Universal dos Direitos Humanos
DIC	– Divisão de Investigação Criminal
DL	– Decreto-Lei
DNA	– <i>Deoxyribonucleic Acid</i>
EIC	– Esquadra de Investigação Criminal
EIJ	– Equipas de Inspeção e Identificação Judiciária
EIJ	– Equipas de Inspeção Judiciária
GAC	– Gabinete de Apoio ao Comando
GNR	– Guarda Nacional Republicana
INML	– Instituto Nacional de Medicina Legal
LOIC	– Lei de Organização da Investigação Criminal
LPCPJ	– Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária

MP	– Ministério Público
OPC	– Órgão de Polícia Criminal
PACE	– <i>Police and Criminal Evidence Act</i> de 1984
PCR	– <i>Polymerase Chain Reaction</i>
PGR	– Procuradoria-Geral da República
PIDCP	– Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos
PJ	– Polícia Judiciária
PSP	– Polícia de Segurança Pública
RFLP	– <i>Restriction Fragment Length Polymorphism</i>
SAG	– Secção de Apoio Geral
SAIC	– Secção de Análise de Informações Criminais
SESC	– Secção de Escalas
SF	– Secção de Formação
SRGE	– Secção de Registo e Gestão de Expediente
SSIC	– Secção de Sistemas de Informação e Comunicações
StPO	– <i>Straprobeordnung</i>
STRs	– <i>Short Tandem Repeats</i> ou microssatélites
TC	– Tribunal Constitucional
TEDH	– Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
UMIC	– Unidade Metropolitana de Informações Criminais
UPN	– Unidade de Pesquisa de Notícias
UPT	– Unidade de Polícia Técnica
VNTRs	– <i>Variable Number of Tandem Repeats</i> ou minissatélites

INTRODUÇÃO

a) Temática e Objectivos

A presente investigação tem por horizonte o estudo de uma nova realidade nascida da ciência e trazida para o direito, mais concretamente, conduzida pela genética para o processo penal, no plano da investigação criminal.

As extraordinárias descobertas que caracterizam a genética e a sua evolução, “levaram a uma verdadeira revolução ao nível do Direito e das Ciências, procedendo à abertura de novos «horizontes»”¹ Todavia, estes desenvolvimentos científicos, quando aplicados ao nível da investigação criminal, geram uma “repercussão ético-jurídica (...) longe de ser pacífica”².

A identificação por perfis de Ácido Desoxirribonucleico (ADN) ilustra perfeitamente a tensão³ a que acima se alude. Se, por um lado, esta técnica se tem revelado enquanto ferramenta eficaz no combate à criminalidade, pois aquilo, que de outra forma seria um processo de identificação moroso, pode hoje resolver-se em poucos dias e com um elevado grau de fiabilidade. De resto, em vários países europeus a identificação genética de suspeitos é uma ferramenta comumente aceite e utilizada no âmbito da investigação criminal, auxiliando na resolução de crimes. Por outro lado, quando sustentada na colheita de material biológico recolhido directamente do corpo do visado, esta técnica coloca inúmeros problemas de cariz prático e ético-jurídico, podendo pôr limitar ou lesar direitos fundamentais, e dessa forma, agredir irremediavelmente a pessoa humana, fundamento do Estado de Direito Democrático.

Perante esta hodierna e controversa realidade, os órgãos de polícia criminal (OPC), no geral, e a Polícia de Segurança Pública (PSP), em particular, devem usar-se da prova biológica mas não podem demitir-se do papel preponderante que desempenham enquanto garante da limpidez legal com que se deve desenrolar todo este processo.

A concretização equilibrada e conforme à balança legal assegura uma missão transparente, competente e profícua no que à recolha de vestígios biológicos se considera, ainda

¹ RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Da Prova Penal. A Prova Científica: Exames, Análise ou Perícias de ADN? Controlo de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 21.

² *Ibidem*.

³ De resto, já em 2001, SUSANA COSTA havia detectado que a identificação por perfis de genéticos ilustrava a tensão que então se vivia, tais eram as dúvidas que se levantaram em torno desta inovadora técnica de identificação. COSTA, Susana (2001), “Justiça em Laboratório”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 60, p. 172.

que, a colheita destas substâncias se efective mediante intervenções corporais.

Esta investigação tem, então, por objectivos:

1. Perceber a evolução e em que consiste a identificação pessoal através da análise de perfis de ADN;
2. Entender em que medida pode a recolha de vestígios biológicos com ingerência corporal colidir com certos direitos fundamentais;
3. Enumerar os pressupostos que regulam a execução de medidas de recolha de vestígios biológicos que implicam intrusão corporal; e
4. Esclarecer e evidenciar papel e procedimentos que a PSP deve adoptar na recolha de vestígios biológicos, de forma a garantir toda a perspicuidade deste processo.

b) Problemática de Investigação e Hipóteses

Face ao exposto, no surgimento da temática que se propõe analisar: “INTERVENÇÕES CORPORAIS NA RECOLHA DE VESTÍGIOS BIOLÓGICOS (ADN) PARA FINS CRIMINAIS – A Acção da PSP –”, procura-se responder às questões centrais que se constituem:

Constituirá a recolha de vestígios biológicos (ADN) para fins criminais, mediante intervenção corporal, uma obrigação processual que recai sobre a pessoa humana – De que forma se concretiza?

O deslindar destas respostas visa, ainda, definir e limitar o papel que a PSP, enquanto actor primário, desempenha neste processo.

No prolongamento dos objectivos anteriormente enunciados foram levantadas as seguintes hipóteses, que no final se confirmarão ou infirmarão:

- No plano actual é admissível que identificação por perfis genéticos constitua meio de prova em processo penal;
- Tem o visado, efectivamente, o direito de recusar a colheita de material biológico com intrusão no seu corpo; e
- A APC tem (ou poderá ter) competência para ordenar a recolha de substâncias biológicas com ingerência no corpo humano, ainda que o visado não o consinta.

c) Contexto da Investigação

A presente investigação decorre no âmbito da realização da Dissertação de Mestrado apresentada no final do curso e desenvolvida com vista à conclusão do Curso de Formação de Polícia (CFOP) da PSP.

Com a matriz da nova base de dados de perfis genéticos de ADN, criada pela Lei n.º5/2008, de 12 de Abril, que materializa compromissos internacionais assumidos por Portugal em matéria de segurança transnacional, esperava-se que esta temática não mais suscitasse posições deveras tão contraditórias no seio da doutrina e da jurisprudência. A verdade é que, alguns anos após a vigência deste diploma e a introdução do primeiro perfil na base de dados portuguesa, a controvérsia não se esgotou. Aliás, as posições dissentem ainda mais, especialmente quando se referem à recolha de vestígios biológicos directamente do corpo da pessoa. Actualmente, debate-se até que ponto será ou não admissível a recolha sem consentimento.

Neste contexto desarmonioso, surgem os OPC's, cabendo à PSP, enquanto OPC nas suas competências de investigação criminal, enquanto atribuição específica desenvolvidas pelas Equipas de Inspeção e Identificação Judiciária (EIJJ), a recolha de vestígios biológicos (ADN) para ulterior análise laboratorial e determinação do perfil genético. Acompanhando o referido, surge a questão sempre pertinente e actual sobre como pode a PSP, em especial, desenvolver uma recolha legitimamente consumada se a conformidade legal e constitucional desta medida está longe de ser unanimemente aceite.

d) Nota Metodológica

O presente estudo abraça um método eminentemente teórico descritivo, recorrendo à análise documental baseada em diversa literatura referente ao tema em investigação.

Para além disso, procede-se a uma análise cuidada e fundamentada de legislação nacional e internacional, bem como, de normas de Direito Internacional e Comunitário.

Como forma de complementar este estudo foram realizadas diversas entrevistas, que visam, essencialmente, dotar esta investigação de um cunho mais prático, através das opiniões e experiências de vários intervenientes no processo penal, nomeadamente elementos policiais, advogados, juristas e magistrados.

O estudo que ora se apresenta divide-se em três capítulos: o primeiro capítulo incide sobre os “Contornos do progresso da Bio-Genética no enceto do novo século. Da identi-

ficação genética à prova científica”. Nesta fase inicial caminha-se para um abrangente enquadramento teórico e histórico da temática, dando-se relevo aos avanços tecnológicos e científicos perpetrados no seio da Genética Forense que culminaram no desvendar do código genético (ADN). Em primeiro plano, entendeu-se que seria de todo pertinente fazer as incursões descritivas relativamente à evolução da utilização da identificação genética no âmbito da investigação criminal. Procurando, desde logo, destringir e enquadrar juridicamente a medida de recolha de vestígios biológicos (ADN) para fins criminais.

O segundo capítulo restringe a sua área de acção e concentra-se em analisar “A pessoa humana como sujeito de prova. Intervenções Corporais: recolha de material biológico para identificação genética”. Esta fase de amadurecimento investigatório move-se no sentido de analisar a admissibilidade do corpo do sujeito/arguido ser alvo de uma colheita de material biológico. Face ao exposto, no intuito de legitimar a investigação, é indispensável analisar em que medida pode esta colheita sobre o corpo lesar direitos fundamentais. Neste seguimento, ainda no segundo capítulo, são enumerados alguns dos pressupostos que se entendem basilares na validação de tal recolha. O culminar deste capítulo compreende a resposta às questões centrais deste estudo: constituirá a recolha de vestígios biológicos (ADN) para fins criminais, mediante intervenção corporal, uma obrigação processual que recaia sobre o arguido – De que forma se concretiza?

Ultrapassado estes capítulos substancialmente teórico-exploratórios, no terceiro e último capítulo, os esforços conjugam-se no sentido de dotar esta investigação de um cunho mais prático, *maxime* no que “A Acção da PSP na recolha de vestígios biológicos (ADN): intervenção corporal”, respeita. Aqui pretende-se clarificar a estrutura da investigação criminal no seio desta instituição, analisando quais os procedimentos e competências que as EIJJ desenvolvem enquanto responsáveis pela recolha de material biológico.

CAPÍTULO I

CONTORNOS DO PROGRESSO DA BIO-GENÉTICA NO ENCETO DO NOVO SÉCULO. DA IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA À PROVA PENAL

1.1- CIÊNCIA E DIREITO. PARADOXO HARMONIOSO

“O direito e a ciência são duas das instituições mais características da modernidade que, ao longo dos tempos, foram construindo a sua autonomia e se foram interrelacionando, através do duplo processo, de cientifização do direito, por um lado, e da juridicização da ciência por outro”⁴.

Partindo do princípio que a ciência e o direito diferem quanto ao objectivo, uma vez que “the law’s objective is justice. The objective of science is truth”⁵. A verdade é que, numa altura em que a ciência apresenta progressos outrora inconcebíveis, estas duas áreas se aliam num mesmo propósito ou campo de acção. Sublinha-se que a ciência e o direito não se distanciam nem se apõem enquanto áreas do conhecimento, pelo contrário, muitas vezes o sucesso de uma destas áreas efectiva-se pelas acções da outra⁶.

Neste sentido, a ciência, recorrendo a inúmeras técnicas, colabora com a Administração da Justiça, assumindo um papel de preponderância na “descoberta e perseguição dos autores do crime que é e sempre foi reconhecida como pressuposto da Justiça Penal”⁷.

Com este desígnio a determinação do perfil genético pelas impressões digitais de ADN aparece como um dos resultados mais benéficos da moderna Medicina Molecular Humana. Em pouco mais de duas dezenas de anos esta tornou-se numa ferramenta indispensável que revolucionou a investigação criminal, enquanto “prática que se insere nas medidas de qualquer sociedade que vise o combate à criminalidade e à própria repressão do crime”⁸.

Se, por um lado, estes avanços científicos têm colocado novos desafios ao direito, em geral, ao Direito penal e processual penal (investigação criminal), em particular, por

⁴ Cfr. COSTA, Susana (2001), *Op. Cit.*, p. 171.

⁵ Cfr. MING, Chin (2002) *apud* MARTINS, Daniel (2004), *A Identificação Criminal por Perfis Genéticos de ADN*, Dissertação de Licenciatura em Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, p. 11: “O objectivo do direito é a justiça. Enquanto que o objectivo da ciência é a verdade”. Tradução nossa.

⁶ No entanto, com SUSANA COSTA, quando afirma que “(...) é duvidoso que o propósito de utilizar a ciência como instrumento para produzir uma justiça mais rigorosa e mais objectiva, menos sujeita ao erro e à interpretação subjectiva, venha pôr fim a todos os problemas que o direito enfrenta.” COSTA, Susana (2001), *Op. Cit.*, p. 172.

⁷ Cfr. OLIVEIRA, Francisco da Costa (2008), *A Defesa e a Investigação do Crime. Guia Prático para a análise da Investigação Judiciária e para a Investigação pelos Recursos da Defesa Criminal*, Coimbra, Almedina, p. 42.

⁸ Cfr. OLIVEIRA, Francisco da Costa (2008), *Op. Cit.*, p. 41.

outro e consequentemente, têm originado novos problemas, mormente em matéria de prova em processo penal. A urgência de tutela penal e o seu exercício por parte do Estado alicerçam-se na necessidade estatal, ou contrato social, de assegurar que cada pessoa goze o máximo possível dos seus direitos, liberdades e garantias edificadores do respeito pela dignidade da pessoa humana e da vivência enquanto membro de uma comunidade.

Não pode, pois, o direito demitir-se de intervir no sentido de legitimar todas as acções, até porque a identificação de perfis de ADN representa um acréscimo em relação às técnicas de investigação tradicionais. No entanto, coloca inúmeras reticências a nível legal.

1.2- A IDENTIFICAÇÃO DO SUSPEITO COMO PRESSUPOSTO PARA A REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Corroborando as palavras de HUERTAS MARTÍN, “ (...) el proceso penal, en su dimensión de instrumento a través del cual se ejerce el ius puniendi del Estado, es decir, el derecho a castigar la persona o personas responsables de la comisión de un acto delitivo”⁹, sendo que o processo penal e consequentemente a justiça só se realizam cabalmente se o suspeito ou suspeitos¹⁰ da prática de determinado ilícito criminal forem discriminados e identificados.

Compreenda-se identificação como “o processo de estabelecer a identidade de um indivíduo, sendo esta um conjunto de caracteres que o individualizam”¹¹. Nesta disposição de concepções e, sendo certo, que o mecanismo processual penal pode iniciar-se contra desconhecidos na fase de inquérito. A dada altura, para que as finalidades directas do processo penal se corporalizem, particularmente a realização da justiça e a descoberta da verdade material¹², é indispensável identificar ou obter indícios suficientes para a verificação

⁹ Cfr. MARTÍN, M. I. Huertas (1999), *El Sujeto Pasivo del Proceso Penal como Objeto de la Prueba*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, pp. 215 e 216. “(...) o processo penal, na sua dimensão de instrumento através do qual se exerce o *ius puniendi* do Estado, isto é, o direito a punir a pessoa ou pessoas responsáveis da prática de um crime”. Tradução nossa.

¹⁰ O art.º 1.º, n.º 1 alínea e) do Código de Processo Penal (CPP) define como suspeito “toda a pessoa relativamente à qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar”.

¹¹ Cfr. PINHEIRO, M. Fátima (2008), *CSI Criminal, A Perícia em Genética e Biologia Forense-Criminalística Biológica.*, Porto, Edições Universidade Fernando Pessoa, p. 13. Já Maria Malhado sintetiza identidade como uma “unidade original e única, consciente de si própria (...). Neste sentido a cada personalidade humana corresponde uma identidade. (...) Já a identificação é a comparação da identidade de um indivíduo com a de outros.” MALHADO, Maria do Céu (2001), *Noções de Registo Criminal, De Registo de Contumazes, de Registo de Medidas Tutelares Educativas e Legislação Anotada*, Coimbra, Livraria Almedina, p. 375.

¹² Segundo afirmação de MANUEL GUEDES VALENTE as finalidades directas do processo penal são: a realização da justiça e a descoberta da verdade material; a protecção dos direitos fundamentais das pessoas e o restabelecimento da paz jurídica (comunitária). VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (2009), *Processo Penal Tomo I*, Coimbra, Almedina.

de quem são os agentes suspeitos, caso contrário, proceder-se-á ao arquivamento do inquérito¹³.

Já ADRIANO MOREIRA escrevia em 1947, que “não é necessário recordar como a personalização do direito penal exigiu e exige um adequado instrumento de identificação que permita servir eficazmente um processo penal disciplinado para a indagação da personalidade do delinquente”¹⁴. Neste âmbito o método científico de investigação em ADN estabelece a identificação genética e por comparação possibilita encontrar o autor de determinado crime. Mas, para tal procedimento ser concretizável é imprescindível realizar uma comparação entre os vestígios biológicos recolhidos no local do crime e/ou na vítima (amostra problema) e os vestígios recolhidos no próprio suspeito (amostra referência), com a finalidade de se lograr uma identificação positiva, ou de outro modo, descartar um possível autor.

Longe de ser consensual a recolha de vestígios biológicos para análise, posterior identificação genética e utilização como prova em sede de julgamento levantam circunspectas incógnitas, principalmente quando se reporta para a recolha sem consentimento por parte do visado. São estas questões e a sua análise escopo essencial neste estudo.

1.3- ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA.

1.3.1- Evolução histórica e definição de ADN

Os avanços científicos e tecnológicos perpetrados na Biologia Molecular nos últimos anos fizeram-se sentir intensamente na Medicina Legal, nomeadamente na Genética Forense que sofreu uma autêntica revolução. Assim, esta enquanto área da Medicina Legal efectiva-se através da análise genética da diversidade humana, permitindo e incrementando substancialmente a sua importância na resolução de certos problemas jurídicos¹⁵.

Em 1866, longe de imaginar o que a ciência iria progredir, o monge austríaco GEORGE MENDEL efectuou várias experiências de fecundação cruzada em diversas espécies de ervilhas que lhe permitiram descrever mecanismos de hereditariedade. Concluindo que os genes dos progenitores não se misturam nos descendentes mas permanecem inalteráveis,

¹³ Artigo 277.º, n.º1 do CPP.

¹⁴ MOREIRA, Adriano (1979) *apud* MALHADO, Maria do Céu (2001), *Op. Cit.*, p. 452.

¹⁵ Cfr. artigo 31.º do DECRETO-LEI N.º 11/98, de 24 de Janeiro, e LEI N.º 45/2004, de 19 de Agosto.

mudando apenas as suas combinações, MENDEL abriu portas ao futuro e à cartografia do genoma humano¹⁶.

Acolhendo contributos deste estudo, JOHANN MIESCHER estudou a secreção purulenta humana, investigação essa comprovada e complementada por EDWARD ZACHARIAS que, em 1881, concluiu que os cromossomas contêm ADN.

Nesta senda evolutiva, em 1889, por intermédio de RICHARD ALTMANN, a noção de ácido nucleico é aceite no seio da comunidade científica, com especial incidência na ciência genética.

Por volta do ano 1942, após a descoberta, por THOMAS MORGAN, de que os genes se encontram alojados nos cromossomas, vários são os cientistas que sustentam a ideia de que os genes se alojam no núcleo das células. Neste longo percurso, destacam-se JAMES WATSON e FRANCIS CRICK que, na década de 50, procederam à descoberta da composição da molécula de ADN. Este processo, apoiado pela criação da molécula artificial de ADN, em 1980, ganha força e estabelece a moderna era da engenharia genética. Nesse mesmo ano, KARY MULLIS identifica a chamada “cadeia de polimerase”, enquanto técnica que permite copiar qualquer pequeno pedaço de ADN.

Por ímpeto de WALTER GILBERT, conhecedor do progresso científico que tinham alcançado, desenvolve-se um projecto mundial de descoberta e cartografia de todo o genoma humano.

Esta evolução não paralisou e, por impulso de RALF PRINSTER, surgiram os primeiros animais transgénicos e clonados. A partir de 2000, as ideias de correcção e manipulação genética são integradas na própria medicina enquanto “meio de cura”¹⁷.

A molécula de ADN, vulgarmente designada por DNA (“Deoxyribonucleic Acid”), é uma peça chave do código genético, uma vez que esta molécula fundamental se encontra em todas as células nucleadas¹⁸ do organismo, transportando na sua estrutura informação genética necessária para a síntese de proteínas e replicação de células.

¹⁶ Para maiores esclarecimentos acerca do genoma humano consultar **DANCHI**, Antoine (2000), *A Decifração Genética – O que o Texto dos Genomas Revela*, Lisboa, Instituto Piaget. **ARCHER**, Luís (2001), “O Genoma Humano”, *Bioética – Questões em debate*, Braga, Publicações da Faculdade de Filosofia da Universidade Católica Portuguesa, pp. 69-84.

¹⁷ Sobre a evolução do genoma humano, **RODRIGUES**, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, pp. 42-44.

¹⁸ No organismo o ADN está organizado em cromossomas e está localizado no núcleo de cada célula, daí células nucleadas. Com excepção das células sexuais, em que está reduzido para metade, e de algumas células como os glóbulos vermelhos do sangue que perderam o seu núcleo, o ADN encontra-se em todas as células do organismo. *Idem*, p. 45.

Com a excepção dos gémeos monozigóticos, o ADN é único para cada pessoa, é idêntico em todas as células e, desde que não ocorram mutações, invariável ao longo do período de vida¹⁹.

Descrevendo a informação genética das células humanas, BENJAMIM RODRIGUES organiza-a em dois genomas: o grande genoma nuclear e o pequeno genoma mitocondrial. O mesmo autor expõe uma outra distinção entre ADN codificante e ADN não codificante²⁰. Relativamente ao ADN codificante ou expressivo este abrange o ADN que contém os genes responsáveis pela produção das proteínas potenciadoras do aspecto interior e exterior de cada organismo humano, estabelecendo os traços correspondentes ao fenótipo (cor dos olhos, altura, entre outras características). Concernente ao ADN não codificante ou não essencial, não se conhece uma função previamente estabelecida que não a identificativa, advém pois, que não proporciona outro tipo de informação paralela ou adicional, daí não ser de grande interesse para a medicina. Pese embora este facto, o ADN não codificante emerge “como essencial, imprescindível e insubstituível para a investigação forense genética”²¹, uma vez que surge como “um grande instrumento de discriminação, diferenciação e identificação”²².

1.3.2- Características que distinguem a identificação genética

Partilhando das convicções de MARIA F. PINHEIRO e SÓNIA FIDALGO²³, uma das particularidades que a análise do polimorfismo de certos sectores de ADN comporta é o elevado grau de fiabilidade na aferição de determinada identidade. Porém, salientam que se trata de probabilidades que, embora altas²⁴, não conferem certezas irrefutáveis e absolutas. No caso das características genéticas do vestígio biológico e do suspeito não coincidirem a margem de erro é desprezível e quase nula. Por outro lado, se coincidirem apenas há uma probabilidade alta de o vestígio pertencer ao suspeito.

¹⁹ DIAS, Tereza Lima (2001), *Manual de procedimentos para a recolha de vestígios biológicos no local do crime*, Lisboa, Departamento Central de Informação Criminal e Polícia Técnica – Sector de Identificação Judiciária, p. 14.

²⁰ Esclarecendo esta distinção, RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, pp. 50-53. Outros autores evidenciam que o ADN pode assumir três tipos distintos: o ADN codificante, o ADN auxiliar e ainda o ADN não funcional. PINHEIRO, M. Fátima (2008), *CSI Criminal...*, *Op. Cit.*, pp. 12 e 13.

²¹ Cfr. RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 52.

²² *Ibidem*.

²³ Cfr. FIDALGO, Sónia (2006), “Determinação do Perfil Genético como Meio de Prova em Processo Penal”, *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, Ano 16, 1, pp. 118-119 e PINHEIRO, M. Fátima (2009), “Identificação genética: passado, presente e futuro”, *Revista do Ministério Público*, Ano 30, pp. 181-183.

²⁴ “As impressões digitais genéticas, contudo, podem fornecer uma resposta definitiva com uma probabilidade de aparentemente três milhões para um de que a amostra corresponda ao portador daquele e não outro. ROLAND, Paul (2006), *Cenas de Crime. Descobrir a Ciência por Detrás das Provas*, Lisboa, Publicações Dom Quixote, p. 83.

Não descurando, no entanto, que outros autores há que alvitram que “ (...) la utilización de este método en la práctica forense ofrece unos resultados que se han calificado de científicamente exactos”²⁵.

Admite-se, pois, que os resultados obtidos a partir da realização adequada destes testes são “ (...) a todas luces, científicamente correctos, dentro de los parametros en que la propia ciencia, que nunca llega a la absoluta verdad, se mueve”²⁶. Consolidando que os “exames de investigação biológica de ADN se caracterizam por uma quase absoluta infalibilidade”²⁷.

A grande estabilidade da evidência biológica é outra das características que distingue o teste de ADN. Este demonstra enorme resistência à deterioração pelo meio ambiente, sendo possível recolher amostras válidas com meses, anos ou mesmo séculos de existência.

Conforme referido anteriormente e, ao contrário de outro tipo de vestígios como as impressões digitais, a amostra de ADN caracteriza-se pela universalidade do suporte onde pode ser recolhida para análise. A diversidade de suportes é de tal forma abrangente que um vestígio biológico pode estar presente e válido para análise de ADN em suportes porosos como o vestuário e as beatas ou, então, em suportes completamente lisos e não porosos como vidros ou cerâmicas.

Outro aspecto que diferencia o teste de ADN é a universalidade do vestígio que pode ser aproveitável. Encontrando-se o ADN em todas as células nucleadas e sendo sempre o mesmo, os indícios biológicos válidos para estudo são os mais diversos, independentemente da parte do corpo de onde provêm. Em função da evolução tecnológica e científica, recorrendo ao método da ampliação designado de “Polymerase Chain Reaction” (PCR), é possível multiplicar a amostra por mais pequena que seja, e realizar quantas perícias forem necessárias. Assegurando assim o atingir de um grau de conhecimento e exactidão satisfatório e necessário²⁸.

²⁵ Cfr. MARTÍN, M. I. Huertas (1999), *Op. Cit.*, p. 234. “ (...) a utilização deste método na prática forense oferece alguns resultados que se qualificaram de científicamente exactos. Tradução nossa.

²⁶ *Idem*, p. 235. “ (...) a todas as luzes, científicamente correctos, dentro dos parâmetros que a própria ciência, que nunca chega à verdade absoluta, se move”. Tradução nossa.

²⁷ Cfr. OLIVEIRA, Francisco da Costa (2008), *Op. Cit.*, p. 134.

²⁸ Desenvolvendo as características dos testes de ADN, Osvaldo, Ugarte (2005), *La identificación de criminales a través del ADN*, Tesis de Investigación Jurídica, Santiago do Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile - Facultad de Derecho, pp. 48 e 49.

1.3.3- Índícios biológicos com interesse criminal

É do conhecimento generalizado que a referência a vestígios comporta uma alusão a algum indício, marca ou sinal que indica que algo aconteceu²⁹. Ao nível criminal, evidenciando a importância que os vestígios recolhidos têm na realização cabal e eficaz da investigação, LOCARD designou os vestígios como “testemunhas seguras e mudas do crime”³⁰ cuja análise permite muitas das vezes encetar uma investigação frutuosa que culmine na realização da Justiça.

O material biológico susceptível de análise de ADN é muito variado, pelo que alguns oferecem maior probabilidade de virem a ser alvo de perícia forense, no intuito de alcançar a identidade genética de determinado suspeito.

O sangue, sob a forma líquida ou de mancha seca, é o tipo de amostra mais frequentemente enviada para obtenção e análise do ADN extraído dos leucócitos, uma vez que os eritrócitos são células anucleadas. É comum encontrar-se este tipo de vestígio quando se dão delitos violentos como o homicídio e agressões. Descobre-se, geralmente, nos objectos e instrumentos utilizados na prática do crime, na roupa da vítima e do suspeito e em superfícies lisas ou porosas. A localização do sangue em algumas destas superfícies pode conduzir a que os resultados não correspondam aos esperados, sendo impossível a obtenção de ADN³¹.

Deve, ainda, atentar-se ao facto que a cor deste vestígio é susceptível de se alterar dependendo do lugar onde está exposto, além de que, quando reunidas certas condições, o sangue é passível de se decompor.

Depois do sangue é o sémen o tipo de amostra mais estudado, em consequência do elevado número de crimes de natureza sexual que ocorrem. Daí que na investigação de delitos sexuais a procura de sémen, principalmente no vestuário da vítima e do agressor, seja um procedimento corrente e importante para a posterior identificação do suspeito, até porque o facto de haver mistura de substâncias biológicas não é impeditivo da análise do ADN pretendido. Além de caracterizar o contacto sexual, caracterizando a consumação do

²⁹ Esta ideia é afirmada no Dicionário de Língua Portuguesa que define vestígios como: “impressão; pegada; pisada; marca; indício; sinal que uma coisa sucedeu; restos ou resquícios.” **ALMEIDA E COSTA, SAMPAIO E MELO**, *Dicionário de Língua Portuguesa*, Porto Editora, p. 1482.

³⁰ Como afirma LOCARD, “ (...) Eis as testemunhas seguras e mudas, as que nunca mentem, nem se enganam: impressões digitais, vestígios de passos, mordeduras de unhas e de dentes, documentos carbonizados onde se lêem, formas das ferramentas de arrombamento, pedaços de vestuário e de cabelo. Não são necessárias mais testemunhas; o assassino assinou o crime.” **LOCARD** (1932), *apud OLIVEIRA*, Francisco da Costa (2008), *Op. Cit.*, p. 83.

³¹ Os tratamentos químicos e alguns tintos quando utilizados em certos tecidos dificultam a análise de ADN. De igual modo também a presença de manchas de sangue em pedras, madeira ou terra (e às suas características de absorção) pode afectar o êxito deste processo de análise.

acto carnal ou libidinoso, a pesquisa do esperma tem por objectivo a individualização da evidência biológica para confronto com possíveis suspeitos.

Também podem ser analisados pêlos recolhidos de peças de vestuário, das mãos da vítima ou então do próprio local da ocorrência dos factos. O ADN neste tipo de vestígios está especialmente concentrado na raiz, pelo que os pêlos arrancados são passíveis de originar melhores resultados. Pese embora este facto, a quantidade de ADN presente num pêlo varia consoante a pessoa e a zona do corpo onde se encontrava o pêlo recolhido. Tal como nos vestígios anteriormente enunciados, a análise de ADN pode ser inconclusiva devido a tratamentos químicos que impedem uma perfeita extracção do pêlo.

Podem igualmente ser enviadas para laboratório amostras de saliva e urina uma vez que, mesmo não sendo formadas por células, transportam células epiteliais provenientes da boca e das vias urinárias. Este tipo de vestígio está presente, muitas das vezes, em objectos deixados no próprio local do crime. Sendo que a recolha de saliva por zaragatoa bucal apresenta especial relevo tendo em conta o quadro legal vigente e o objecto de estudo da dissertação desenvolvida³².

1.3.4- Análise das Técnicas usadas nas perícias em ADN

A identificação genética envolve a extracção de uma amostra de ADN do vestígio biológico recolhido para posterior análise de uma área em particular da cadeia de ADN designada como “Short Tandem Repeats” (STR).

O ADN está enrolado como uma mola no interior da célula, pelo que o primeiro passo da análise consiste em separar o ADN da proteína de outros materiais presos a este, este processo designa-se por extracção. Existindo dois métodos para conseguir isto, o de análise de “Restriction Fragment Length Polymorphism” (RFLP) e o “Polymerase Chain Reaction”.

A técnica inicialmente usada nos testes forenses de ADN designa-se de RFLP e consiste no estudo de segmentos de ADN, que apresentam tamanho muito variável, resultando, pois, em repetições sequenciais em diferentes localizações de ADN. Esta técnica obsoleta apresenta inconvenientes que inviabilizam a sua utilização actual em laboratórios forenses, sobretudo porque necessita de enormes quantidades de material genético, disponível e não degradado, de forma a se poder realizar. Estas condições tornam praticamente impossível a aplicação da técnica da RFLP em investigação criminal, dado que, muitas das

³² Relativamente aos indícios biológicos com interesse criminal consultar **PINHEIRO, M. Fátima** (2008), *CSI Criminal...*, *Op. Cit.*, pp. 31-35.

vezes, o vestígio se restringe a uma gota de sangue, um simples cabelo ou um fragmento de pele.

Mais tarde surgiu a técnica do PCR. Sucintamente, esta faculta uma amplificação ou cópia dos segmentos de ADN, o que, ao contrário da técnica anterior, possibilita obter o perfil de determinado indivíduo através da recolha de uma amostra exígua, indiferentemente da sua quantidade e qualidade, com segurança e rapidez³³.

Presentemente, a técnica mais utilizada para identificação humana em laboratórios forenses é a do reconhecimento dos polimorfismos³⁴ “*Short Tandem Repeats*” ou micro-satélites (STRs) por meio da PCR, sendo que um número reduzido de laboratórios ainda recorre à análise das regiões classificadas como “Variable Number of Tandem” ou minisatélites (VNTRs) como forma de complementar as conclusões obtidas através do método primordial de identificação genética.

Salienta-se que uma outra técnica existente se baseia na análise em ADN mitocondrial (“Mitochondrial” DNA ou ADNmt), sendo certo que este tipo de procedimento só se opera quando a quantidade de ADN é quase insignificante e este está muito degradado³⁵. Além destes condicionalismos esta técnica revela-se bastante complexa, pois não tolera a utilização de misturas de fluídos corporais. É de herança uniparental materna e, ao contrário do ADN nuclear³⁶, muito sensível à contaminação ambiental, razões pelas quais possui um poder discriminatório muito baixo quando comparado com a análise de ADN nuclear.³⁷

Sendo o genoma humano composto por dois genomas distintos: o nuclear e o mitocondrial, actualmente, para a conclusão de perícias forenses utiliza-se preferencialmente a análise de ADN nuclear, através da técnica da PCR, podendo em certas situações especiais aplicar-se o estudo do ADNmt. Como já mencionado, os marcadores moleculares mais utilizados na Genética Forense são os STRs.³⁸

³³ Situação estudada com maior incidência por DALTON, Gustavo de Carvalho, *et. Alia* (2002), “Análise forense de DNA”, *Perícia Federal*, 13, pp. 12 e 13.

³⁴ “As variações na sequência base que determinam as nossas características físicas pessoais e únicas e o nosso desenvolvimento são denominadas de polimorfismo porque variam de pessoa para pessoa.” ROLAND, Paul (2006), *Op. Cit.*, p. 85.

³⁵ Este tipo de análise é particularmente útil na investigação em corpos carbonizados ou muito decompostos, fezes, hastes de pêlos e na investigação biológica da maternidade, por ser de herança materna. Aplica-se, principalmente, em situações em que o estudo do ADN nuclear se revela ineficaz.

³⁶ Este é herdado de ambos os progenitores com excepção do cromossoma Y, de herança uniparental paterna.

³⁷ Sobre ADNmt explorar PINHEIRO, M. Fátima (2004), “Aplicação do estudo do DNA em Criminalística”, *Polícia e Justiça*. 3. pp. 175-178.

³⁸ Para mais esclarecimentos ver PINHEIRO, M. Fátima (2008), *CSI Criminal...*, *Op. Cit.*, pp. 13-31.

1.4- ADN COMO COMPLEMENTO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A investigação criminal desenvolvida pelos OPC e dirigida pelas autoridades judiciais competentes manifesta-se no conjunto de diligências levadas a cabo que visam essencialmente descobrir a existência de um crime e identificar os seus agentes. Tais procedimentos padronizados e sistemáticos, conforme *supra* indicado, visam que se cumpra a realização da Justiça Penal, claro está, na busca da verdade material dos factos que traduzem a prática de determinado crime³⁹. Neste contexto, “os caminhos da verdade traçam-se pela incessante busca da realidade perfeita. A investigação corre atrás do verídico, muitas vezes intangível pela sua complexidade, ou quantas vezes, pela sua verosímil simplicidade. Muitos factos apenas são compreendidos e resolvidos após uma investigação humana, acompanhada de meios e de técnicas, que transformam a investigação num motor de arranque de qualquer resolução”⁴⁰.

Concebemos a investigação criminal enquanto processo de procura de indícios que permitam responder a cinco questões fundamentais: quem, como, quando, onde e porque foi cometido determinado crime⁴¹.

Ultrapassados os métodos degradantes de obtenção de prova e a realização de justiça real e teológica com forte incidência na antiguidade, o desenvolvimento das ciências positivas e exactas no período do Iluminismo⁴² despoletou a criação das primeiras escolas de ciência criminal.

Constatando-se a insuficiência da prova confessional e testemunhal, inerente à própria condição humana, “com o racionalismo, o pensamento positivista e experimentalista e a evolução do conhecimento científico em diversas áreas da actividade humana (...), permite-se a introdução e progressiva predominância nos regimes probatórios, da prova material ou real”⁴³. Em meados do século XIX o fenómeno criminal começa a ser tratado cientificamente. Este estudo científico do crime origina a necessidade de se tratar metódica e rigorosamente os vestígios do crime. Nesta linha, sucedem um conjunto de evoluções que

³⁹ Lei de Organização da Investigação Criminal (LOIC), LEI N.º 49/2008, de 27 de Agosto. Nos termos do seu artigo 1.º define que “a investigação criminal compreende o conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, visam averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher provas, no âmbito deste processo”.

⁴⁰ Cfr. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (2004), *Dos Órgãos de Polícia Criminal – Natureza – Intervenção – Cooperação*, Coimbra, Almedina, p. 87.

⁴¹ *Idem*, pp. 87-99.

⁴² Movimento cultural que tendo começado na Inglaterra e na Holanda nos finais do século XVIII, se estendeu a todo o Mundo Ocidental, sobretudo devido à mediação da França. Alguns autores discutem o seu início algures entre 1688 e 1789, coincidindo com o período histórico das Revoluções Liberais Burguesas. Cfr. ENCICLOPÉDIA LUSO-BRASILEIRA.

⁴³ Cfr. BRAZ, José (2009), *Investigação Criminal. A Organização, o Método e a Prova. Os Desafios da Nova Criminalidade*, Coimbra, Almedina, p. 53.

permitiram conferir um maior grau de certeza quanto às condições e identificação dos autores de um qualquer crime⁴⁴.

No propósito de alcançarem uma identificação realmente capaz surgem os primeiros sistemas científicos de identificação no século XIX, inicialmente por ALPHONSE BERTILLON e mais tarde por JUAN VUCETICH com o estudo das impressões digitais. Embora desempenhe funções de relevante valor, este método de identificação humana, a Dactiloscopia, apresenta limitações um pouco à semelhança de outros métodos científicos⁴⁵.

Tentando colmatar estas restrições e acompanhando os avanços científicos, particularmente a descoberta do ADN na década de 50 pelos britânicos WATSON e CRICK, o professor e geneticista britânico Sir ALEC JEFFREYS desenvolveu a técnica de determinação do perfil genético, designada por “DNA Fingerprints”⁴⁶.

Este passo imenso tornou possível a aplicação de testes de ADN na investigação criminal, o que pela primeira vez se veio a verificar na sequência da violação com estrangulamento e morte de LYNDIA MANN, de 15 anos, em Leicestershire, em Inglaterra, a 21 de Novembro de 1983 e de DAWN ASWORTH, de 15 anos, em 1986, no mesmo local. Após confirmação dos homicídios através de testes de ADN realizados por ALEC JEFFREYS, BUCKLAND foi ilibado, identificando-se COLIN PITCHFORK como o verdadeiro autor desses crimes.⁴⁷ Tornou-se, então, claro que a técnica “DNA Fingerprints” era imprescindível à optimização da investigação criminal.

Neste sentido, o conhecimento sobre o código genético de determinado indivíduo visa acima de tudo identificá-lo como autor de determinada acção criminosa, ou então, inocentá-lo⁴⁸. Este processo faz a diferença entre solucionar determinada investigação ou não. Concebe-se então o método de identificação como o enredo que visa estabelecer a identidade de determinada pessoa, afirmando-se esta como o conjunto de características que a tornam única.

À semelhança do que muitas vezes acontece, este fenómeno da utilização de técnicas de tipagem do ADN foi, inicialmente, muito contestado. Tal objecção ocorreu devido a vários factores, nomeadamente à metodologia e à interpretação dos resultados obtidos, pelo que, a introdução e aceitação destas técnicas foram alvo de grande controvérsia, sobretudo

⁴⁴ Para maiores esclarecimentos sobre as origens da criminalística moderna consultar **OLIVEIRA**, Francisco da Costa (2008), *Op. Cit.*, pp. 41 a 43.

⁴⁵ Cfr. **PINHEIRO**, M. Fátima (2008), *CSI Criminal...*, *Op. Cit.*, p.13.

⁴⁶ Este método consiste na comparação de fragmentos de ADN de diferentes comprimentos que permite encontrar a sucessão de sequências idênticas de base.

⁴⁷ **DIAS**, Tereza Lima (2001), *Op. Cit.*, p. 20.

⁴⁸ Na mesma linha de pensamento, **MARTÍN**, M. I. Huertas (1999), *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, p. 234.

a nível jurídico. Com as evoluções científicas que abalaram a Medicina Legal nas últimas décadas, estas incongruências foram encerradas, permitindo a obtenção de conclusões mais claras e aproximadas à “realidade biológica”⁴⁹.

Sublinhando esta admissibilidade jurídica e aceitação generalizada do uso de análise de ADN vários diplomas de cariz internacional foram reconhecidos, entre estes, a Recomendação do Conselho da Europa, adoptada pelo Conselho de Ministros, em 10 de Fevereiro de 1992⁵⁰, que se dedica ao uso de ADN no âmbito do sistema da Justiça Penal. Esta Recomendação visou estabelecer um conjunto de regras que permitissem harmonizar procedimentos quanto à colheita de amostras e à análise de ADN com finalidades de identificação. Posteriormente, outras Resoluções, nomeadamente a Resolução do Conselho de 9 de Junho de 1997⁵¹ e a Resolução do Conselho de 25 de Junho de 2001⁵², relativas ao intercâmbio de resultados de ADN, adensaram tal aceitação no seio jurídico.

Hoje a prova científica é internacionalmente adoptada, não fosse, “o recurso ao ADN na investigação criminal [...] o caminho do futuro”⁵³.

1.5- DA PROVA PENAL CIENTÍFICA

1.5.1- A actividade probatória em processo penal: prova, meios de prova e meios de obtenção de prova

Compreender o particular significado da prova impõe uma ligação íntima “domínio processual e à finalidade do processo”⁵⁴. Neste domínio GERMANO MARQUES DA SILVA esclarece que “a decisão final, meta a que se dirige o processo, consta, por isso, de duas partes: a verificação dos factos que condicionam o Direito e a aplicação do Direito. A acti-

⁴⁹ Sobre este assunto PINHEIRO, M. Fátima (2004), “Aplicação...”, *Op. Cit.*, p. 167, e PINHEIRO, M. Fátima (2009), “Identificação...”, *Op. Cit.*, p. 160.

⁵⁰ Pode consultar este diploma na URL: <http://www.mj.gov.pt/sections/pessoas-e-bens/base-de-dados-geneticos8948/documentacao/downloadFile/attachedFile_f0/Council_of_Europe._Recommendation_No._R921_on_the_use_of_analysis_of_deoxyribonucleic_acid_DNA_...pdf?nocache=1149684035.84>. (Acedido e consultado em 20 de Janeiro de 2010)

⁵¹ Pode consultar este diploma na URL: <http://www.mj.gov.pt/sections/pessoas-e-bens/base-de-dados-geneticos8948/documentacao/downloadFile/attachedFile_1_f0/Resolucao_97-C_193-02.pdf?nocache=1149684035.84>. (Acedido e consultado em 20 de Janeiro de 2010)

⁵² Pode consultar este diploma na URL: <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001G0703\(01\):PT:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001G0703(01):PT:HTML)>. (Acedido e consultado em 20 de Janeiro de 2010)

⁵³ Cfr. CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, p. 169.

⁵⁴ Cfr. DIAS, Maria do Carmo de Menezes da Silva (2005), “Particularidades da Prova em Processo Penal. Algumas Questões ligadas à Prova Pericial”, *Revista do CEJ*, 3, p.169.

vidade probatória destina-se toda a convencer da existência ou não dos factos que são pressuposto da estatuição da norma”⁵⁵.

Posto isto, de maneira geral, pode afirmar-se que o acto de provar consiste em estabelecer, por meio de provas, um estado de conformidade entre as suposições e a realidade dos actos, de tal forma que se crie no juiz uma determinada convicção ou certeza relativa do facto⁵⁶. Neste contexto, FIGUEIREDO DIAS, relativamente à apreciação da prova, elucida que é necessário “saber se a apreciação da prova deve ter lugar na base das regras gerais predeterminantes do valor a atribuir-lhe (sistema prova legal), ou antes na base da livre valoração do juiz e da sua convicção pessoal”⁵⁷. Muito embora, o ordenamento jurídico português se reja sustentado no princípio da livre apreciação da prova, esta “liberdade de apreciação (...) probatória”⁵⁸ assenta “em critérios objectivos, motivados e susceptíveis de controlo ou sindicância”⁵⁹.

Sendo objectivo primeiro da prova a descoberta da realidade dos factos⁶⁰ ou da verdade material, os “meios de prova”⁶¹ são os elementos de que o julgador se pode servir para formar a sua convicção sobre um facto e, os meios de obtenção da prova⁶² são os instrumentos de que se servem as autoridades judiciais para investigar e recolher meios de prova”⁶³.

No entanto não pode entender-se a demonstração da realidade dos factos como finalidade única da prova, hoje a prova é também garante da “realização de um processo justo”⁶⁴, em que a “descoberta da verdade material não pode ser obtida a todo o custo, antes havendo que exigir da decisão que ela tenha sido lograda de modo processualmente válido

⁵⁵ Cfr. **SILVA**, Germano Marques da (2002), *Curso de Processo Penal II*, Lisboa/São Paulo, Editorial Verbo, p. 96.

⁵⁶ Neste sentido, **DIAS**, Maria do Carmo de Menezes da Silva (2005), *Op. Cit.*, pp.170-172. Também HUERTAS MARTÍN salienta que “probar sería producir en el proceso el conocimiento de un determinado hecho de modo que se adquiriera para sí o se genere en otros la convicción de la existencia o verdad del hecho mismo o, más concretamente, la actividad de aportación al proceso, a través de los medios y procedimientos regulados en la ley, de los motivos o las razones que produzcan en el juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos.” **MARTÍN**, M. I. Huertas (1999), *Op. Cit.*, p. 27.

⁵⁷ Cfr. **DIAS**, Figueiredo (2005) apud **RODRIGUES**, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 215.

⁵⁸ Cfr. **RODRIGUES**, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 215.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ O próprio Código Civil dispõe que, nos termos do artigo 341.º, que a observação da realidade dos factos depende da produção e apresentação de prova.

⁶¹ Relativamente aos meios de prova, os artigos 128.º a 139.º (prova testemunhal), artigos 140.º a 145.º (das declarações do arguido, do assistente e das partes civis), artigo 146.º (prova por acareação), artigos 147.º a 149.º (reconhecimento de pessoas), artigo 150.º (reconstituição do facto), artigos 151.º a 163.º (prova pericial) e artigos 164.º a 170.º (prova documental), todos do CPP.

⁶² Relativamente aos meios de obtenção da prova, os artigos 171.º a 173.º (exames), artigos 174.º a 177.º (revistas e buscas), artigos 178.º a 186.º (apreensões) e artigos 187.º a 190.º (escutas telefónicas), todos do CPP.

⁶³ Cfr. **DIAS**, Maria do Carmo de Menezes da Silva (2005), *Op. Cit.*, p. 180.

⁶⁴ Cfr. **SILVA**, Germano Marques da (2002), *Op. Cit.*, p. 96.

e admissível e, portanto, com o integral respeito dos direitos fundamentais”⁶⁵, daí decorre que ao nível processual se fale da “mínima verdade possível, verdade esta que não se pretende absoluta mas preferivelmente uma “verdade processual e validamente obtida”⁶⁶. Sucede, pois, “que o direito processual penal é verdadeiro direito constitucional aplicado”⁶⁷ e, por isso, atracado na “dignidade humana”⁶⁸ e nos princípios fundamentais do Estado de direito Democrático, não podendo, portanto, valer-se de actos que ofendam direitos fundamentais básicos”⁶⁹.

Estas situações consideradas como insuportáveis para o legislador estabelecem a nulidade das provas ilegalmente obtidas, a sua inutilização no processo e a proibição da sua valoração. Desta forma e ainda que dominado pela descoberta da verdade, o processo penal encontra “barreiras (...) à determinação dos factos que constituem objecto do processo”⁷⁰ que visam proteger os direitos fundamentais, ainda que sacrifique a mesma verdade.

Da junção dos artigos 125.º e 126.º do CPP resulta que todas as provas são admissíveis desde que não estejam legalmente proibidas, não se restringindo às taxativamente previstas na lei, mormente no n.º 2 do artigo 126.º, do CPP⁷¹.

Em conclusão, a proibição ou permissão de determinadas provas “terá que passar pela análise conjugada dos princípios da ponderação de interesses e da proporcionalidade, tendo em atenção, por um lado, o interesse público do *ius puniendi* e por outro, os direitos fundamentais individuais em jogo, para depois se apurar até que ponto estes últimos interesses poderão ser sacrificados em nome daquele outro interesse público”⁷².

⁶⁵ Cfr. **DIAS**, Figueiredo (1988/89) *apud* **DIAS**, Maria do Carmo de Menezes da Silva (2005), *Op. Cit.*, p. 172.

⁶⁶ Cfr. **RODRIGUES**, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 84. No mesmo sentido, **GERMANO MARQUES DA SILVA** referindo-se à “verdade processual” afirma que esta “não é absoluta ou ontológica”. **SILVA**, Germano Marques da (2002), *Op. Cit.*, p. 115.

⁶⁷ Cfr. **SILVA**, Germano Marques da (2002), *Op. Cit.*, p. 52.

⁶⁸ Segundo **COSTA FARIA** a “essência e condição *sine qua non* do processo penal é a prova, prova essa obtida com limites que bebem a sua razão de ser na dignidade da pessoa humana”. **COSTA**, Faria (1997), “Um olhar cruzado entre a Constituição e o Processo Penal”, *A Justiça dos Dois Lados do Atlântico II*, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, p. 196.

⁶⁹ Cfr. **CANOTILHO**, Gomes, **MOREIRA**, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, p. 524.

⁷⁰ Cfr. **ANDRADE**, Manuel Costa (1992), *Op. Cit.*, pp. 83 e 84. Como exemplos legais destas barreiras *vide* art.º 126.º do CPP.

⁷¹ Também **COSTA ANDRADE** considera que esta enumeração não é taxativa. *Idem*, p. 216. Por outro lado, **MAIA GONÇALVES** defende que “os actos ofensivos da integridade física ou moral vêm agora descritos taxativamente nas diversas alíneas do n.º 2”. **GONÇALVES**, Maia (2002), *Código de Processo Penal Anotado*, 13.ª ed., Coimbra, Almedina, p. 336.

⁷² Cfr. **DIAS**, Maria do Carmo de Menezes da Silva (2005), *Op. Cit.*, p. 182.

1.5.2- A corporalização da Identificação Genética enquanto Prova Científica: perícias ou exames.

Analisando os artigos 60.º e 61.º do CPP “o arguido surge no direito processual penal como verdadeiro sujeito processual”⁷³, daí que, nos termos do artigo 60.º, o arguido, quando necessário, pode ser objecto de diligências probatórias, estabelecendo o n.º 3 do artigo 61.º que sobre o arguido recai o dever de sujeitar-se a diligências de prova.

Neste contexto, no que à prova científica no processo penal mediante intervenção corporal respeita, dar-se-á especial relevo aos exames, enquanto meio de obtenção da prova e às perícias, enquanto meio de prova. Por um lado porque são os meios para recolha e posterior análise dos indícios biológicos e, por outro, porque a distinção entre perícias e exames se revela indispensável, uma vez que, em termos de apreciação da prova, não têm o mesmo valor.

Aludindo do n.º 1 do artigo 171.º do CPP, “por meio de exames das pessoas, dos lugares e das coisas, inspeccionam-se os vestígios que possa ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre os quais foi cometido”.

Nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA “a finalidade do exame é fixar documentalmente ou permitir a observação directa pelo tribunal de factos relevantes em matéria probatória”⁷⁴.

Durante a fase de inquérito e a fase de instrução os exames são normalmente executados por OPC, a quem compete também assegurar o não extravio de meios de prova⁷⁵. Para garantir este cumprimento qualquer pessoa pode ser compelida a submeter-se a exames, podendo usar-se da força pública para obrigar esta a permanecer no local do mesmo⁷⁶. No entanto, “a figura da *«compulsão»*, a que se alude em matéria de exames, no artigo 172.º, n.º 1, do CPP, não é mais que a *«ponderação»* a que se refere o artigo 154.º do CPP, quer no que respeita à integridade pessoal, quer no que respeita à reserva da intimidade do visado”⁷⁷.

Das perícias importa acentuar o artigo 151.º quando esclarece que “a prova pericial tem lugar quando a percepção ou apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos

⁷³ Cfr. FIDALGO, Sónia (2006), *Op. Cit.*, p. 134.

⁷⁴ Cfr. SILVA, Germano Marques da (2002), *Op. Cit.*, p. 210.

⁷⁵ Cfr. artigos 171.º, n.º 4; 173.º; 249.º, n.ºs 1 e 2 e ainda, 270.º, n.º 1 do CPP. BENJAMIM RODRIGUES classifica esta norma “de especial importância (...) e duvidosa contensão constitucional”. RODRIGUES, Benjamin Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 70.

⁷⁶ Cfr. artigo 172.º, n.º1 do CPP.

⁷⁷ Cfr. RODRIGUES, Benjamin Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 518.

técnicos, científicos ou artísticos”⁷⁸. Claro está que, sustido no artigo 163.º n.ºs 1 e 2 do CPP, os juízos periciais não devem estar sujeitos a uma total liberdade de apreciação por parte do juiz, uma vez que estes são formulados por peritos especializados. Sendo, no entanto, aceitável que estes juízos sejam apreciados, ainda que negativamente, quando contrapostos por argumentos da mesma natureza, ou seja, também eles formulados e apoiados em pareceres de peritos especializados.

Internamente, o sistema vigente é o da “perícia oficial”⁷⁹, uma vez que o artigo 154.º do CPP, no seu n.º 1, clarifica que “a perícia é ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho por despacho da autoridade judiciária, contendo o nome dos peritos e a indicação sumária do objecto da perícia”. Porém, o artigo 155.º do CPP, nos termos do n.º 1, esclarece que “ordenada a perícia, o Ministério Público (MP), o arguido, o assistente e as partes civis envolvidas podem designar para assistir à realização da mesma, se isso ainda for possível, um consultor de sua confiança”. A esta concessão, recorrendo a uma expressão utilizada por SÓNIA FIDALGO, designa-se por “sistema de perícia contraditória”⁸⁰.

Como escreve SÓNIA FIDALGO, “tendo a perícia de ser ordenada por despacho da autoridade judiciária, deverá sê-lo pelo MP durante o inquérito, pelo juiz de instrução na fase de instrução e pelo juiz de julgamento na fase de julgamento”⁸¹. Todavia, quando se tratar de perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoas que não hajam prestado consentimento e ainda que tratando-se de actos de inquérito, a autorização é de competência exclusiva do juiz, uma vez que está em causa a afectação de direitos de especial relevância⁸².

Excepcionalmente, podem ser realizadas perícias cautelares urgentes, ordenadas por autoridade de polícia criminal relativamente a algum tipo de crimes e em caso de urgência ou perigo na demora, tendo em vista a recolha imediata de vestígios ou amostras susceptíveis de se alterarem ou perderem⁸³. Este procedimento pode constituir-se como a fase preliminar da prova pericial, sendo que só ganha o valor de perícia quando os vestígios forem devidamente tratados por peritos.

⁷⁸ Cfr. artigo 151.º do CPP.

⁷⁹ Cfr. FIDALGO, Sónia (2006), *Op. Cit.*, p. 136.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Resulta do artigo 269.º, n.º 1, alínea b), do CPP.

⁸³ Resulta do cruzamento da análise dos artigos 270.º n.ºs 3 e 4 do CPP e 4.º, n.º 2 e 3 da LEI N.º 45/2004, de 19 de Agosto.

Após uma breve análise dos regimes dos exames e das perícias, respectivamente, conclui-se que a grande diferença entre ambos assenta essencialmente na exigência da perícia ser efectuada por pessoas com especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, quando a apreciação dos factos não revela tal exigência esbarra-se, pois, no regime dos exames.

Não descurando, no entanto, que há também diferenças relevantes no que concerne ao próprio regime legal. “Desde logo, enquanto os exames são, por regra, efectuados por OPC’s, as perícias são, por regra, ordenadas pelas autoridades judiciárias. Por outro lado, a lei estabelece de modo claro a obrigação de sujeição a exame, o mesmo não acontecendo em relação à perícia”⁸⁴. O que não invalida que “havendo despacho de uma entidade judiciária a ordenar uma perícia nos termos previstos na lei, esta será uma ordem legítima, ao abrigo da lei formal, legitimadora das restrições de direitos fundamentais dela eventualmente resultantes”⁸⁵.

Sem prejuízo do que mais à frente se irá estudar, importa desde já clarificar que, relativamente à obtenção dos perfis de ADN e comparação com outros perfis, estamos perante uma verdadeira perícia e não “exame de ADN” ou “análise de ADN”, “já que não é possível firmar o perfil genético sem elevados conhecimentos técnicos e científicos”⁸⁶. Desta forma, as denominadas “perícias de ADN”, não serão alvo de uma livre apreciação por parte do juiz, salvo se o seu juízo contraditório se fundamentar em peritagens de igual valor. Tal não impede o juiz de se pronunciar sobre a insuficiência da prova ou mesmo a sua contaminação.

Para finalizar, seguindo BENJAMIM RODRIGUES no que respeita à recolha de vestígios biológicos com intromissão no corpo humano, apuram-se essencialmente “três níveis diferenciados de ingerência no corpo humano em sede probatória no processo penal português” que alicerçam e constroem a perícia, enquanto meio de prova. Um primeiro nível que engloba os exames, resume-se a uma análise exterior, em que não há qualquer tipo de intervenção corporal. Um segundo patamar caracterizado pelas revistas, que abrange um tocar no corpo, ainda que com pouca profundidade, no sentido de detectar e identificar

⁸⁴ Cfr. FIDALGO, Sónia (2006), *Op. Cit.*, p. 138.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Cfr. RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 517. No mesmo sentido, SÓNIA FIDALGO entende que a recolha de vestígios biológicos pode, também ela, ser uma verdadeira perícia, exigindo, para se efectivar, especiais conhecimentos técnicos e/ou mesmo científicos. Por esse motivo esclarece: “não nos parece que faça sentido autonomizarmos o exame da posterior perícia. Podemos afirmar sim que se trata de uma perícia.” ⁸⁶ FIDALGO, Sónia (2006), *Op. Cit.*, p. 139. Também GERMANO MARQUES DA SILVA aceita a possibilidade de que “frequentemente a descoberta de indícios tem já de ser feita por peritos, pois não está ao alcance de todos. Por isso que o art. 151.º disponha que a prova pericial tenha lugar não só para *apreciação* dos factos, mas também para a sua *percepção*”. SILVA, Germano Marques da (2002), *Op. Cit.*, p. 212.

vestígios passíveis de serem analisados, facilmente se constitui esta fase como também um exame. Finalmente, num terceiro nível, identifica-se o regime das perícias que, por sua vez, abarcam os dois primeiros níveis, mas baseiam-se em conhecimentos especiais, mormente técnicos, científicos ou artísticos⁸⁷.

Entende-se, pois, que não faz sentido diferenciar e apartar estas diferentes fases deste mesmo processo, percebe-se que na recolha e análise de material biológico para identificação genética esbarra-se numa autêntica perícia⁸⁸. Como se dispôs anteriormente, a prova pericial não tem lugar apenas para apreciação dos factos, mas também na sua percepção. Acontece que a própria recolha de vestígios biológicos é realizada por peritos, inclusive no seio da PSP, onde a recolha é efectuada pelos elementos das EIJ e não um qualquer agente sem formação específica.

Em sentido contrário, com o disposto no artigo 8.º, n.º 1, da Lei 5/2008 de 12 de Fevereiro, o legislador parece entender a recolha de material biológico como um exame, quando remete esta recolha para o artigo 172.º do CPP, que tutela o regime dos exames. Assim sendo, poderá falar-se que formalmente a recolha constitui um exame e materialmente se concretiza enquanto perícia.

⁸⁷ Distinção operada por BENJAMIM RODRIGUES. **RODRIGUES**, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 518.

⁸⁸ Neste sentido, **FIDALGO**, Sónia (2006), *Op. Cit.*, p. 139. Esta posição é firmada legalmente no art.º 13º, n.º 4 da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, que qualifica “a obtenção de perfis de ADN e os resultados da sua comparação” como perícias, aplicando-se a ambas o regime das perícias. Também **JOSÉ RAMOS** partilha da opinião de que a recolha constitui uma “perícia na medida em que exige especiais conhecimentos de natureza científica”. *Vide* Entrevista a **JOSÉ RAMOS**, ANEXO E.

Em sentido contrário pronunciou-se **PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE** que entende que “a avaliação de vestígios humanos para identificação do ADN é um exame, mas a sua comparação com o ADN de outras pessoas é uma perícia. (...) Já a obtenção de amostras biológicas é um mero exame. **ALBUQUERQUE**, Paulo Pinto (2009), *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 42.

Também **SIMA SANTOS** e **LEAL HENRIQUES** opinam no sentido de que a recolha de sangue é um exame e a posterior análise uma perícia. **SANTOS**, Sima, **HENRIQUES**, Leal (1999), *Código de Processo Penal Anotado*, Vol.I, 2ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, p. 875.

CAPÍTULO II

A PESSOA HUMANA COMO SUJEITO DE PROVA. INTERVENÇÕES CORPORAIS: RECOLHA DE MATERIAL BIOLÓGICO PARA IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA.

1.1- A PESSOA HUMANA COMO SUJEITO PASSIVO.

Como salientou HUERTAS MARTÍN, “es característica del proceso actual, propio de un Estado de Derecho en las democracias contemporáneas, la consideración del imputado como sujeto del proceso y no como objeto del mismo”⁸⁹. O arguido ou suspeito surge, no processo penal contemporâneo, como pessoa e sujeito processual e não como objecto de investigação.

Não refutando esta verdade, com FIGUEIREDO DIAS, o facto de ser considerado sujeito processual “ (...) não quer dizer que o arguido não possa em determinados termos demarcados pela lei por forma estrita e expressa, ser objecto de medidas e constituir ele próprio um meio de prova”⁹⁰.

Constata-se, portanto, que este princípio apresenta algumas brechas, nomeadamente em sede do estabelecimento de filiação. Existem diligências probatórias que, sem a existência do arguido, eram de todo inviáveis, estando afecto a este sujeito uma exigência de colaboração e sujeição a medidas de intervenção sobre o seu corpo⁹¹.

A utilização do corpo enquanto objecto de prova só é possível devido aos incrementos científicos e tecnológicos que se têm verificado ao nível da investigação, em geral, e dos laboratórios de polícia científica, em particular. Os novos mecanismos e métodos de investigação possibilitam investigar o corpo na procura de provas directas e quase imediatas que permitam culpar ou inocentar o visado com um elevado grau de fiabilidade.

Paralelamente a esta instrumentalização do indivíduo fermenta-se a problemática em torno das intervenções corporais na recolha e posterior análise de material biológico. Tendo em conta que qualquer colheita de vestígios biológicos com ingerência no corpo humano acarreta uma possível limitação e restrição de direitos fundamentais, torna-se imprescindível conceber um processo penal em que a verdade material e a realização de justi-

⁸⁹ Cfr. **Martín**, M. I. Huertas (1999), *Op. Cit.*, p. 370. “É característica do processo penal actual, próprio de um Estado de Direito contemporâneo, considerar o arguido sujeito processual e não objecto do mesmo. Tradução nossa”.

⁹⁰ FIGUEIREDO DIAS citado no ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE RELAÇÃO DO PORTO (AC. TRP), DE 13 DE SETEMBRO DE 2006, PROCESSO N.º 0641683.

⁹¹ De acordo com o artigo 61.º, n.º 3, do CPP, sobre o arguido recaem de sujeitar-se a diligências de prova, ordenadas e efectuadas por entidade competente, claro está, com MÁRIO FERREIRA MONTE, desde que estas sejam legais, como se alcança dos artigos 125.º e 126.º, do CPP. **MONTE**, Mário Ferreira (2006), “O resultado da análise de saliva colhida através de zaragatoa bucal é prova proibida? Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Setembro de 2006”, *Revista do Ministério Público*, Ano 27, 108, pp. 254 e 255.

ça não são fins únicos e isolados, antes pelo contrário, só se concretizam quando ancorados na protecção dos direitos fundamentais da pessoa humana. A justiça, como afirma MANUEL GUEDES VALENTE, “está submetida a normas e a sua realização não pode ser obtida a qualquer custo, com o atropelo desnorteado dos direitos, liberdades e garantias fundamentais”⁹², impondo-se que “a verdade que se procura seja uma verdade processualmente válida”⁹³.

2.2- A PROVA POR PERÍCIAS EM ADN MEDIANTE INTERVENÇÃO CORPORAL E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A par da evolução científica e técnica, que já anteriormente se sublinhou, assiste-se hoje a uma escalada da violência, dos medos e a um consequente aumento do sentimento de insegurança. A conjugação destes factores abre novas possibilidades de investigação, porventura mais produtivas na avidez da descoberta da verdade material.

Claro está que, neste confronto entre os interesses de segurança e eficácia do processo penal e a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, evitando-se o encolhimento da democracia, os direitos fundamentais estão invariavelmente envolvidos e devem ser protegidos.

O século XIX, como esclareceu António Gaspar, «prestou homenagem aos direitos fundamentais, projectando-os no processo penal, como “leis de garantia”, que marcaram decisivamente a evolução no século XX, especialmente na segunda metade»⁹⁴. Foi precisamente na época do pós-guerra que, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em Paris, em 1948 e sua reafirmação na Conferência de Viena de 1993, os direitos fundamentais se desenvolveram verdadeiramente no sentido de se consubstanciarem no seio da vida em sociedade⁹⁵.

Esta preocupação com a «protecção dos direitos fundamentais tornou o processo penal em direito constitucional aplicado, ou, em expressão de metáfora muito marcada, “sismógrafo” da sua efectiva protecção»⁹⁶.

⁹² Cfr. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (2009, *Op. Cit.*, pp. 12 e 13.

⁹³ Cfr. DIAS, Figueiredo (1988/89) *apud* FIDALGO, Sónia (2006), *Op. Cit.*, p. 120.

⁹⁴ Cfr. GASPAR, António (2005), “Os novos desafios do processo penal no século XXI e os direitos fundamentais (um difícil equilíbrio)”, *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, Ano 15, 2, p. 258.

⁹⁵ Após a DUDH, foram aprovados vários diplomas com força jurídica de direito internacional e comunitário prevendo mecanismos e instâncias de controlo dos direitos fundamentais. Destaca-se a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), a Convenção Interamericana dos Direitos do Homem, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, a Convenção contra Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes e mais recentemente, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

⁹⁶ Cfr. GASPAR, António (2005), *Op. Cit.*, p. 259.

Dada a dificuldade para definir e isolar um conceito de direitos fundamentais opta-se por aludir inicialmente à distinção entre direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material, entenda-se, para uma melhor percepção da amplitude dos próprios direitos fundamentais.

Sobre este ponto, MIGUEL FARIA assinala os direitos fundamentais em sentido formal como “os que a Constituição especifica como tais”, por outro lado, conclui que “em sentido material são os que constituem base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, quer estejam consagrados na Constituição, nas leis, ou nas regras aplicáveis de direito internacional”⁹⁷.

Como abordado no início do presente Capítulo, em resposta a uma necessidade crescente de controlo e vigilância do fenómeno da criminalidade, cada vez mais sofisticada e violenta, os meios e instrumentos à disposição do Estado para exercer o poder são cada vez mais invasivos dos direitos fundamentais. Como afirma ANTÓNIO GASPAR, o “resultado é uma óbvia e complexa tensão entre valores, com a procura de um equilíbrio que permita ao Estado combater eficazmente o crime e garantir a segurança, mas não impedindo, ao mesmo tempo, que os indivíduos mantenham a sua vida livre da intromissão estadual intensiva”⁹⁸.

Assim, afiguram-se os direitos fundamentais como “direitos perante (e até contra) o Estado, que correspondem a esferas de liberdades ou autonomia das pessoas perante o poder político”⁹⁹. Até porque “a protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos em condições igualitárias não constitui apenas um limite da actuação do Estado, mas é todo o fundamento do Estado”¹⁰⁰, a condição de justiça que dota de legitimidade suficiente o exercício do poder legislativo executivo e judicial, em definitivo, a própria existência da organização política democrática”¹⁰¹.

Atendendo ao que se assinalou, pretende-se estabelecer um equilíbrio sob a égide da dignidade da pessoa humana em que se “combatam” eficazmente as diferentes formas de criminalidade sem que, contudo, este se trave à margem dos direitos fundamentais.

⁹⁷ Cfr. FARIA, Miguel (2001), *Direitos Fundamentais e Direitos do Homem*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, p.3.

⁹⁸ Cfr. GASPAR, António (2005), *Op. Cit.*, pp. 259 e 260.

⁹⁹ Cfr. MIRANDA, Jorge (2006), *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Estoril, Princípia Editora, p. 278.

¹⁰⁰ Conforme sintetiza LAURA RODRÍGUEZ, “o fundamento das origens do Estado está na sua capacidade para proteger cidadãos contra formas de violência primária, mas também contra os excessos dos seus próprios representantes.” RODRÍGUEZ, Laura Zuñiga (2006), “Instrumentos Jurídicos para prevenir a Tortura e os Tratos Desumanos e Degradantes”, *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, Ano 16, 2, p. 240.

¹⁰¹ RICO, José María *apud* AMARO, Mário Gonçalves (1998), “Os direitos fundamentais e o direito dos cidadãos à segurança”, *Direitos Humanos e Eficácia Policial, Sistemas de Controlo da Actividade Policial*, Seminário Internacional Lisboa, Inspeção Geral da Administração Interna, p. 171.

Posto isto, também a genética sofreu um desenvolvimento catastrófico, afectando as pessoas e concludentemente o direito e, desta forma, promovendo o repensar do presente e o cogitar do futuro da investigação criminal e do próprio processo penal. Ora, não negando os benefícios que a análise do ADN com fins criminais possa ter, esta não se afigura despi-da de perigos, podendo constituir um mecanismo lesivo dos próprios direitos fundamentais que, obviamente, poderão ser postos em causa durante o processo de recolha e análise de ADN para identificação genética, processo esse que muitas das vezes só é possível com recurso a intervenções e inspecções corporais.

Tudo se resume ao paradigma de encontrar uma solução técnica científica e jurídica ideal, dentro da idealidade possível, que permita uma recolha das amostras [problema e referência], no respeito ideal e legal pelos direitos fundamentais.

No ponto seguinte, o estudo direcciona-se para uma análise aprofundada dos vários direitos fundamentais que se admitem postos em causa na efectivação de todo este processo de identificação por perfis de ADN, mormente na recolha do material biológico.

1.2.1- Dignidade da pessoa humana como primado unificador dos direitos fundamentais

JORGE MIRANDA defende que não “existe historicamente uma conexão necessária entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana”¹⁰² e que a “ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com o Estado social de Direito e, mais rigorosamente, com as Constituições e grandes textos subseqüentes à segunda guerra mundial”¹⁰³. Contrariando os regimes que, até então, admitiam a degradação da pessoa humana, afirma-se que o sentido e abrangência do conceito de dignidade humana tiveram a sua origem no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)¹⁰⁴, de 10 de Dezembro de 1948, quando proclama a sua crença “na dignidade e no valor da pessoa humana”.

O conceito de dignidade da pessoa humana está, actualmente, longe de revestir uma edificação precisa, definitiva e até mesmo consensual, de facto, existem inúmeras concepções, que não se afiguram contraditórias mas antes complementares. No entanto, considerando as palavras de SOUZA PIMENTEL, “há consenso acerca de um conteúdo mínimo, o de

¹⁰² Cfr. MIRANDA, Jorge (2008), “A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais”, *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo, Editora Quartier Latin do Brasil, p. 168.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Pode consultar esta Declaração na URL: <http://www.dre.pt/comum/html/legis/dudh.html>. (Acedido e consultado em 20 de Janeiro de 2010).

que a dignidade da pessoa humana decorre da autodeterminação consciente e responsável da própria vida e da pretensão ao respeito por parte das demais pessoas”¹⁰⁵ e de si mesmo¹⁰⁶. Complementando esta tentativa de limitação do conceito, JORGE MIRANDA acrescenta que a dignidade da pessoa humana “é da pessoa em qualquer dos géneros, masculino e feminino. Em cada homem e em cada mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade”¹⁰⁷ e, assim, pode-se afirmar que “a dignidade de cada pessoa pressupõe a de todos os outros”¹⁰⁸.

Em consequência deve ter-se presente em todos os momentos que a dignidade da pessoa humana é uma barreira intransponível, enquanto “princípio fundamental do Estado de Direito Democrático justifica a intangibilidade da vida humana”¹⁰⁹.

No circuito do ordenamento português, a dignidade da pessoa humana é um valor introduzido como fundamento primeiro da nossa ordem normativa que se concretiza no artigo 1º da Lei Fundamental, a Constituição da República Portuguesa (CRP)¹¹⁰. Daí decorre que, modernamente, se admita que este princípio “confere unidade de sentido ao conjunto de direitos fundamentais”¹¹¹, assumindo, pois, uma posição de primazia relativamente aos restantes direitos fundamentais que essencialmente buscam efectivar a concretização deste, revestindo a dignidade da pessoa humana um carácter de «metaprincípio»¹¹².

Hoje, o processo penal molda-se e moderniza-se no sentido de se alicerçar no princípio da dignidade humana proclamada constitucionalmente. Com efeito, reconhece-se ao imputado, suspeito ou acusado, direitos próprios que emergem da sua condição de Homem.

¹⁰⁵ Cfr. **PIMENTEL**, Eduardo de Souza (2008), “O princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal”, *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo, Editora Quartier Latin do Brasil, p. 639.

¹⁰⁶ A dignidade humana pressupõe um respeito próprio e individual de cada um pelo seu eu enquanto pessoa humana, não podendo por isso aceitar-se lesões consentidas no princípio da dignidade da pessoa humana. Esta ideia surge contemplada na definição de JOSÉ DE JESÚS VILLALPANDO CASAS. **CASAS**, Jesús Villalpando (2005), “Procreación asistida, inseminación artificial e manipulación genética”, *Temas de Derecho Penal, Seguridad Pública y Crimológica. Cuartas Jornadas sobre Justicia Penal*, México, Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México, p. 22.

¹⁰⁷ Cfr. **MIRANDA**, Jorge (2006), *Escritos...*, *Op. Cit.*, p. 474.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Cfr. **MATOS**, Inês Lobinho (2008), “A dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo, Editora Quartier Latin do Brasil, p. 84.

¹¹⁰ O mesmo acontece nas Constituições da Irlanda (preâmbulo), da República Federal da Alemanha (artigo 1.º, n.º 1), da Espanha (artigo 10º, n.º 1), de Cabo Verde (artigo 1.º), da Rússia (artigo 21.º), da Itália (artigo 3.º), entre outras.

¹¹¹ Cfr. **MATOS**, Inês Lobinho (2008), *Op. Cit.*, p. 87. Com **BENJAMIM RODRIGUES** que entende que “a ideia de dignidade da pessoa humana trespassa e perpassa todos os direitos fundamentais e perspassa todos os direitos fundamentais, impregnando-os de uma dimensão mínima insusceptível de lesão”. **RODRIGUES**, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 167. No mesmo sentido, **VALE E REIS** refere que o princípio da dignidade humana “constitui o ponto de partida da estruturação de todos os direitos fundamentais, sobretudo dos direitos pessoais.” **VALE E REIS**, Rafael Luís (2008), *O Direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra, Coimbra Editora.

¹¹² Cfr. **MIRANDA**, Jorge (2008), “A dignidade...”, *Op. Cit.*, p. 170.

Direitos esses que visam essencialmente assegurar a dignidade enquanto pessoa destes sujeitos, independentemente dos comportamentos perpetrados por estes indivíduos.

Mas, “a dignidade da pessoa humana, que, de um lado, justifica a intervenção, de outro se constitui no limite dessa mesma intervenção”¹¹³, com isto viabiliza-se um processo penal que sirva de real instrumento na aplicação do Direito penal concretizado no estrito respeito pela humanidade de toda e qualquer pessoa.

No caso concreto das perícias de ADN, ainda que a recolha não seja necessariamente de sangue (urina, cabelos ou saliva), estas acarretam uma real intervenção corporal. Importa, por isso, salientar que o barómetro constitucional que constitui a dignidade humana não pode ser sobrepujado, mesmo quando a nível legal se admita a possibilidade de restrição de determinados direitos fundamentais.

Compreende-se que a execução do processo de perícia de ADN deve obedecer a apertados requisitos durante todo o seu desenvolvimento, só se validando quando no respeito daquele valor jurídico fundamental “que se encontra na origem dos demais direitos e que inere à qualidade da pessoa humana”¹¹⁴. A par de alguma doutrina¹¹⁵ defende-se que as perícias de ADN realizadas em amostras legalmente obtidas não ferem a dignidade da pessoa humana consubstanciada nos termos do artigo 1º da CRP.

1.2.2- A intangibilidade da Integridade pessoal?

Como referimos anteriormente este direito fundamental surge indissociavelmente ligado ao princípio do respeito da dignidade da pessoa humana.

Internamente, mormente na CRP e no Código Penal (CP), Portugal adoptou alguns instrumentos de direito internacional, o qual já havia legislado sobre esta matéria. Entre outros diplomas de direito internacional, faz-se referência a este direito fundamental na

¹¹³ Cfr. **PIMENTEL**, Eduardo de Souza (2008), *Op. Cit.*, p. 642. Conclui-se com **MAXIMIANO RODRIGUES** que “a dignidade humana é um princípio inalienável e os direitos fundamentais são efectivamente a causa e o limite de qualquer actuação policial. **MAXIMIANO**, António Rodrigues (2009), “O controlo da actividade policial”, *Direitos Humanos e Eficácia Policial – Sistemas de Controlo de Actividade Policial*, IGAI, Lisboa, p. 365.

¹¹⁴ Cfr. **RODRIGUES**, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 168.

¹¹⁵ «Os exames de ADN não lesariam a “eminente dignidade da pessoa humana” ou do ser humano, à luz do disposto na Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 1.º, desde que rodeados de certos requisitos, quer ao nível da sua previsão, autorização e execução (...)». Cfr. **RODRIGUES**, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 174.

DUDH [artigos 3.º, 4.º e 5.º] e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)¹¹⁶ [artigo 3.º].

No contexto nacional, o direito à integridade pessoal encontra eco no artigo 25.º da CRP, nos artigos 143.º e seguintes do CP, entre outros diplomas legais que aludem a este direito e regulam a sua protecção.

Na esteira de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, crê-se que o direito à integridade pessoal engloba duas componentes, a integridade moral e a integridade física de cada pessoa¹¹⁷. Os mesmos Autores expõem que este direito “consiste, primeiro que tudo, num direito a não ser agredido ou ofendido, no corpo ou no espírito, por meios físicos ou morais”¹¹⁸. BENJAMIM RODRIGUES reforça que “a integridade física ou corporal implica a manutenção da plenitude das suas potencialidades corporais na sua estrutura física e orgânica, quer ao nível da sua substancialidade corporal, quer ao nível da sua funcionalidade corporal”¹¹⁹, enquanto que a integridade moral visa proteger a pessoa humana da exposição “à excreção ou ao enxovalho público, humilhação racial, publicidade de doenças ou de julgamentos indignificantes”¹²⁰, incongruentes com os valores que sustentam o Estado de direito português.

Devido à ligação com a defesa de cada pessoa, da sua humanidade e da sua dignidade, compreende-se o carácter tendencialmente absoluto que a CRP lhe confere quando o legislador no artigo 25.º, n.º 1 caracteriza a integridade pessoal de “inviolável”¹²¹.

À luz do descrito, este direito traduz-se num direito pessoal inabdicável, o que *per se* condiciona severamente o hipótese de se abdicar do próprio corpo, salvo nos casos em que o consentimento do seu titular seja aceitável, neste caso entendido como verdadeira causa de justificação¹²². Acompanhando SÓNIA FIDALGO, hoje tende a ser consensual que a distinção entre ofensas ligeiras e ofensas graves e irreversíveis traça a capacidade do indi-

¹¹⁶ Pode consultar este diploma na URL: <<http://www.echr.coe.int/NR/ronlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FrenchFran%C3%A7ais.pdf>>. (Acedido e consultado em 01 de Fevereiro de 2010)

¹¹⁷ Cfr. CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital (2007), *Op. Cit.*, p. 454.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Cfr. RODRIGUES, Benjamin Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 176.

¹²⁰ Cfr. CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital (2007), *Op. Cit.*, p. 454.

¹²¹ Neste sentido, RODRIGUES, Benjamin Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 175. Também GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA entendem que a CRP confere protecção absoluta a este direito, sendo que o mesmo não pode ser afectado mesmo no caso de estado de sítio ou de emergência, ocasiões em que a própria Constituição permite a suspensão de exercício de determinados direitos. CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital (2007), *Op. Cit.*, p. 454.

¹²² As questões relativamente ao consentimento no âmbito da ofensa à integridade física levantam imensas questões e discussões ao nível da própria doutrina pelo que, não sendo objecto deste estudo, para maiores esclarecimentos ANDRADE, Manuel da Costa (1999), *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo I, artigos 131.º a 201.º*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 276-301. Cfr. artigo 31.º, n.º 1, alínea e) e artigo 38.º, ambos do CP.

víduo dispor do seu corpo, ou seja, normalmente admite-se o consentimento no caso de se tratar de ofensas ligeiras e banais, caso contrário não se coloca essa possibilidade¹²³.

Torna-se evidente, face ao objecto do estudo apresentado, que a problemática maior se concretiza no saber se “o direito à integridade pessoal impede o estabelecimento de deveres públicos que se traduzam (ou impliquem) *intervenções no corpo das pessoas*”¹²⁴. Com GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA harmoniza-se que a resposta é certamente negativa¹²⁵.

Ao nível das análises de ADN, aquando da extracção do material biológico, não implica necessariamente a recolha de sangue, podendo bastar um pêlo, um cabelo, urina, saliva, etc., a afectação da integridade pessoal é muito ténue ou mesmo inexistente¹²⁶, pelo que não pode ser causa suficiente que justifique a exclusão da extracção de material para análise, salvo raras excepções, como casos em que a saúde do visado possa ver-se prejudicada.

No entanto, a própria DUDH refere que ninguém pode sofrer uma lesão contra sua vontade, questão esta que pesa na hora de concretização de qualquer prova que carrega implícita a produção de uma lesão. A verdade é que com os avanços tecnológicos e científicos sentidos, o estudo em ADN não implica a colheita de material biológico susceptível de causar uma verdadeira lesão, arriscando afirmar-se que a recolha de certas matérias biológicas e muitas vezes menos ofensiva ou lesiva do que a uma recolha dactiloscópica. Daí

¹²³ Com este entendimento FIDALGO, Sónia (2006), *Op. Cit.*, pp. 121 e 122.

¹²⁴ Cfr. CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital (2007), *Op. Cit.* p. 456.

¹²⁵ *Ibidem*. Esta questão reflectida na identificação genética enquanto obrigação processual irá ser alvo de análise mais detalhada em sede própria neste estudo

¹²⁶ Entendimento partilhado por CASABONA, Romeo (1999), “Utilización de las identificaciones del ADN en la Administración de Justicia”, *La prueba del ADN en Medicina Forense. La Genética al servicio de la Ley en el análisis de indicios criminales y en la investigación de la paternidad*, Barcelona, Espanha, Masson S. A., p. 8. Também BENJAMIM RODRIGUES refere “que as análises mediante perícias, não implicam uma amostra de sangue, já que pode bastar um pêlo, a caspa, urina, saliva, etc., isto é, uma intervenção “leviana” ou “superficial”, já que em momento algum implica um perigo para a saúde”. RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 178. Posição apoiada pela CEDH, que vai mais longe considerando que não é incompatível com o artigo 2.1 da citada comissão “uma intervenção tão banal como o exame de sangue (...)”. Recentemente, o Tribunal Constitucional, no ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (AC. TC) N.º 228/2007, PROCESSO N.º 980/2006, DE 23 DE MAIO DE 2007, referiu-se ao método de zaragatoa bucal de extracção de saliva para análise de ADN, como uma medida “diminuta” de afectação do direito à autodeterminação corporal. O mesmo Acórdão sublinha a posição da 13ª Conclusão do Parecer de GOMES CANOTILHO, quando o mesmo refere que “a recolha de material biológico para análise do DNA, embora possa ser entendida como uma restrição do direito à integridade pessoal não colide com nenhuma das suas dimensões essenciais, podendo justificar-se de acordo com critérios de proporcionalidade, desde em ordem à prossecução de uma finalidade constitucionalmente legítima”. Conforme LEI N.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, no seu artigo 10.º, quando refere que a recolha deve ser efectuada por métodos não invasivos da integridade física e moral e da dignidade humana, dando o legislador como exemplo destes métodos a recolha de células da mucosa bucal ou equivalente.

que a questão supra indicada, contrariamente ao que expõe BENJAMIM RODRIGUES¹²⁷, seja uma falsa questão, dado que a lesão, em medida relevante, não tem de existir para se efectivar a extracção de material biológico. Decorre, pois, defender-se que a recolha em si mesma não constitui um efectivo atentado à integridade física, o que não invalida que o modo como a colheita se concretiza se possa constituir numa ofensa a este direito, mormente quando esta se concretiza com o uso da força.

Em jeito de conclusão, se por um lado, o consentimento exclui qualquer atentado contra a integridade pessoal¹²⁸, surgindo como causa de justificação e “exclusão da ilicitude” [...] “devendo para tanto ser cumpridos os seus requisitos (art. 38.º, CP), *maxime* um consentimento livre e esclarecido”¹²⁹. Daí que os vícios do consentimento, como sejam o consentimento obtido através de coacção ou mediante situações de erro, determinam a invalidade do mesmo. Por outro lado, quando não há consentimento, a possível afectação deste direito também se deve admitir, tendo sempre por fundamento que esta restrição não deve afectar a essência do próprio ser humano, provocando a sua humilhação ou degradação enquanto pessoa. Admite-se a vulneração mínima ou insignificante deste direito em proveito do interesse público, da necessidade da descoberta da verdade material, da realização de justiça e do restabelecimento da paz jurídica, desde que estas medidas de intervenção corporal sejam ordenadas e executadas no respeito pelo princípio da proporcionalidade.

Não obstante, a recolha sem consentimento de uma qualquer amostra considerar-se lesiva deste direito¹³⁰ numa medida que “não chega a constituir verdadeiramente, um atentado à integridade física – tratar-se-á de agressão insignificante”¹³¹, entende-se que a mes-

¹²⁷ Este autor percepçiona “que esse entendimento abre a porta ao esvaziamento do direito à integridade física e esquece que o direito à integridade pessoal é inviolável”. RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 178.

¹²⁸ Na mesma linha, GERMANO MARQUES DA SILVA transmite que “como regra, a recolha de material biológico com invasão física só deve ser admitida com o consentimento do visado”. *Vide* Entrevista a GERMANO MARQUES DA SILVA, ANEXO B.

¹²⁹ Cfr. MONIZ, Helena (2002), “Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais”, *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, 2, pp. 250 e 251.

¹³⁰ O Tribunal Constitucional em AC. TC. N.º 155/2007, PROCESSO N.º 695/06, DE 10 DE ABRIL, corrobora desta apreciação quando entendeu que “(...) a introdução no interior da boca do arguido, contra a sua vontade expressa, de um instrumento (zaragatoa bucal) destinado a recolher uma substância corporal (no caso, saliva) ainda que não lesiva ou atentória da sua saúde, não deixa de constituir uma «intromissão para além das fronteiras delimitadas pela pele ou pelos músculos».

¹³¹ Cfr. FIDALGO, *Op. Cit.*, p. 122.

ma pode ser efectuada desde que, e ao contrário do que assevera PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹³², a mesma não se efective com o uso da força.

1.2.3- Direito de reserva da intimidade da vida privada ou à autode- terminação informacional

Um outro direito fundamental que pode ver-se lesado aquando da realização de uma colheita de material biológico para análise de ADN é o direito de reserva da intimidade da vida privada.

No âmbito do direito internacional, a questão da intimidade da vida privada tem vindo a ganhar um crescente relevo desde meados do século XIX, uma vez que até ao século XVIII este era um direito praticamente desconhecido e a sociedade era essencialmente pública. Esta importância teve expressão na elaboração de vários textos normativos internacionais como a DUDH, artigo 12.º, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)¹³³, artigo 17.º. Nos últimos anos temos assistido a um movimento que se traduz na dilatação da esfera privacidade/intimidade¹³⁴.

No plano português, de harmonia com o direito internacional, inculca-se o direito à reserva da intimidade da vida privada nos artigos 25.º, 26.º, 34.º e 35.º da CRP. Analisando o tema à luz do direito penal, ressalta que o legislador português, de forma clara e inequívoca, ascendeu a reserva da vida privada a bem jurídico com tutela penal, consagrando-lhe todo o Capítulo VI, do Título I, do Livro II, nos artigos 190.º e seguintes do CP.

¹³² PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE entende que o juiz pode ordenar “ a recolha de amostra destinada a análise de ADN, se necessário, com uso da força, desde que esta intervenção seja proporcional”. **ALBUQUERQUE**, Paulo Pinto (2009), *Op. Cit.*, p. 465.

No que à implicação do direito à integridade física se refere, este estudo adopta uma posição acompanhada por SÓNIA FIDALGO que admite que só ocorre uma verdadeira lesão do direito à integridade pessoal quando há recurso à força para efectivar a recolha. **FIDALGO**, *Op. Cit.*, pp. 122-123.

Já o Tribunal da Relação do Porto, por AC. TRP, DE 3 DE MAIO DE 2006, relativo a uma colheita coactiva de vestígios biológicos, na fundamentação da sua decisão explicou que o meio de prova se afigura “susceptível de ofender o direito à integridade corporal (...) do recorrente, designadamente no caso de este não aderir ao exame, isto é, no caso de recusa, (...) podem e devem ser concretizados, mesmo que compulsivamente”, acrescenta-se, desde que, essa recolha não implique o uso da força.

Numa posição ligeiramente diferente ROMEO CASABONA entende que há uma obrigatoriedade de realização da recolha, mas que esta não se pode concretizar coactivamente. **CASABONA**, Romeo (1999), *Op. Cit.*, p. 8.

Afastando-se da tese defendida, posiciona-se HELENA MONIZ, quando afirma “que a recolha de amostras do corpo do delinquente constitui um comportamento que integra o tipo legal de crime de violação da integridade física, a não ser que ocorra uma causa de exclusão da ilicitude como o consentimento”. **MONIZ**, Helena (2002), *Op. Cit.*, p. 250. Também BENJAMIM RODRIGUES partilha deste entendimento, afirmando que “as intervenções corporais, em matéria de processo penal, (...) que se realizam sobre o corpo das pessoas (...) com autorização expressa e presumida do visado, mas nunca contra a sua vontade”. **RODRIGUES**, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 520.

¹³³ Pode consultar este diploma na URL: http://www.cidadevirtual.pt/acnur/refworld/ refworld/ le-gal/instrume/detent/civpot_p.htm. (Acedido e consultado em 20 de Fevereiro de 2010)

¹³⁴ Cfr. **FIDALGO**, *Op. Cit.*, p. 126.

Embora a crescente preocupação com a concretização deste direito, este ainda não foi definido e enquadrado convenientemente pela doutrina portuguesa, sendo que o n.º 1, do artigo 26.º, conduz, muitas vezes, a uma leitura errónea, dado que a referência ao direito de “reserva da intimidade da vida privada”, abarca dois conceitos que, embora distintos, se podem confundir. Face ao referido, acompanhamos SÓNIA FIDALGO quando esta atesta que a “*privacidade* é um conceito mais amplo do que a *intimidade* – há actos da vida privada que não caem na esfera da intimidade”¹³⁵. “Não havendo unanimidade ao nível conceptual (...) deve adoptar-se uma concepção suficientemente sensível para ser capaz de se adaptar às mudanças e evoluir face aos avanços ocorridos nas modernas sociedades”¹³⁶.

Colmatando esta necessidade de adopção de uma concepção capaz relativamente a este direito subscreve-se um PARECER DO CONSELHO CONSULTIVO DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA (PGR), entendendo que “ (...) a intimidade da vida privada de cada um, que a lei protege, compreende aqueles actos que, não sendo secretos em si mesmos, devem subtrair-se à curiosidade pública por naturais razões de resguardo e melindre, como os sentimentos e afectos familiares, os costumes de vida e as vulgares práticas quotidianas, a vergonha da pobreza e as renúncias que ela impõe e, até, por vezes, o amor da simplicidade, a parecer desconforme com a grandeza dos cargos e a elevação das posições sociais; em suma, tudo: sentimentos, acções e abstenções, que podem ser altamente meritórios do ponto de vista da pessoa a que se referem, mas que, vistos do exterior, tendem a apoucar a ideia que deles faz o público em geral”¹³⁷.

Aprofundando esta concepção GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA consideram que «o critério constitucional de esfera privada deve arrancar dos conceitos de “privacidade” e “dignidade humana”, de modo a definir-se um conceito de esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea». (...) Que «deverá delimitar-se, assim, como base num conceito de “vida privada” que tenha em conta a referência civilizacional sob três aspectos: o respeito dos comportamentos; o respeito do anonimato; o respeito da vida em relação»¹³⁸.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Cfr. RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 181.

¹³⁷ Cfr. PARECER DO CONSELHO CONSULTIVO DA PGR, N.º 121/80, DE 23 DE JULHO DE 1981. Consultado na URL: <<http://www.dgsi.pt/pgpr.nsf/6be0039071f61a61802568c000407128/83ca6c3250b39d5e802566170041cca9?OpenDocument>>. (Acedido e consultado em 20 de Dezembro de 2010)

¹³⁸ Cfr. CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital (2007), *Op. Cit.*, p. 468.

[PARECER N.º 18/2007, DA COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (CNPD) refere:] “Nos Estados Unidos da América, por exemplo, o direito à privacidade é, talvez, o maior marco dos direitos de personalidade, muito mais, porventura, do que o direito ao bom-nome e o direito à imagem. A “privacy”, na sua equação inicial formulada neste país, comporta quatro dimensões distintas: o direito à solidão ou a estar sozinho (“right to be alone”); o direito à intimidade da vida privada e familiar; o direito ao anonimato e o

Intimamente associado a este direito surge à autodeterminação informacional, que se concebe como a “competência que assistirá a cada cidadão individual «de, em princípio, ser ele próprio a decidir quando e dentro de que limites os seus dados pessoais podem ser revelados»”¹³⁹, preceituado no sentido de reforçar a protecção do indivíduo quando confrontado com o poder do Estado¹⁴⁰.

Aludindo à colheita de material biológico para análise de ADN com fins criminais, “há que tomar em linha de conta que a privacidade corporal é uma das dimensões do direito à privacidade com assento constitucional no artigo 26.º mediante o qual se reconhece a cada indivíduo a faculdade de controlar o acesso ao seu corpo restringindo o conhecimento de dados ou relevantes da sua vida privada, requerendo-se a necessidade de protecção face a indagações ou pesquisas realizadas contra vontade da pessoa”¹⁴¹.

Não olvidando, tal como observa SÓNIA FIDALGO, que a análise de ADN para fins criminais de identificação apenas incide sobre a região do ADN denominada de não codificante, que não faculta qualquer tipo de informação acerca das características fenotípicas do visado, nem de terceiros, pelo que não comporta problemas especiais de protecção da sua privacidade¹⁴².

Reflectindo sobre o exposto, entende-se que uma colheita de material biológico sem consentimento eficaz “constituirá um atentado contra o direito à privacidade, na sua dimensão de intimidade”¹⁴³, ou seja, a realização coactiva desta colheita consubstancia “uma intromissão não autorizada na esfera privada”¹⁴⁴, mormente no direito à autodeterminação informacional do visado.

direito a não conhecer interferência de terceiros. Na Europa, é famosa a teoria das três esferas, em que se reconhece a esfera íntima, a esfera privada e a esfera social”. Este Parecer pode ser consultado na URL: <<http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/2007/htm/par/par018-07.htm>>. (Acedido e consultado a 19 de Dezembro de 2010)

¹³⁹ Cfr. **GOSEL**, Karl-Heinz (1992), “As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha”, *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, Ano 2, 3, p. 432.

¹⁴⁰ Cfr. **FIDALGO**, Sónia (2006), *Op. Cit.*, p.127.

¹⁴¹ Cfr. **RODRIGUES**, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, pp. 183 e 184.

Também HUERTAS MARTÍN, apoiada no ACÓRDÃO S. 37/1989, de 15 de Fevereiro, defende que “la noción de de «intimidad personal» se integra la «intimidad corporal», identificándola como «inmunidad frente a toda indagação o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona»” **MARTÍN**, M. I. Huertas (1999), *Op. Cit.*, p. 380.

¹⁴² Cfr. **RODRIGUES**, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, pp. 183 e 184.

¹⁴³ Cfr. **FIDALGO**, Sónia (2006), *Op. Cit.*, p. 128.

¹⁴⁴ Posição firmada pelo Tribunal Constitucional, nos termos do AC. TC. N.º 155/2007, PROCESSO N.º 695/06, DE 10 DE ABRIL.

No entanto, “este direito não é um direito de carácter ilimitado”¹⁴⁵: por vezes a pessoa tem de suportar limitações a este direito em nome dos interesses da própria comunidade”¹⁴⁶, pelo que a possível afectação deste direito deve admitir-se. Sendo certo que, em todo o caso, a decisão da autoridade judiciária em validar esta perícia deve ser presidida pelo princípio da proporcionalidade, estabelecendo um equilíbrio processualmente lícito, entre a protecção da esfera privada do indivíduo e as finalidades que se pretendem abraçar, e cujo limite esbarra na dignidade humana.

1.2.4- O direito ao silêncio e à «não auto-incriminação» acolhidos na presunção de inocência como direito fundamental subjectivo constitucionalizado do cidadão¹⁴⁷

Importa evidenciar a susceptibilidade deste princípio, elevado a direito, ser lesado aquando da realização de recolha de vestígios biológicos (ADN) que impliquem uma intervenção corporal, de resto, contraditórias posições têm sido adoptadas pela doutrina quando se refere a esta temática. Desta forma, revela-se fundamental para a compreensão deste fenómeno analisar e descortinar em que medida poderá este direito ver-se afectado com uma colheita de material biológico.

Visando sublinhar a eficácia do princípio de presunção de inocência, o legislador português eleva este princípio fundamental do processo penal, de acordo, nomeadamente, com o artigo 61.º, n.º 1, alínea d), do CPP (direito ao silêncio), a “direito fundamental subjectivo constitucionalizado de todo o cidadão”¹⁴⁸, de acordo com o artigo 32.º, n.º 2, da Lei Fundamental.

Nesta perspectiva, partilha-se da opinião de GERMANO MARQUES DA SILVA e MANUEL GUEDES VALENTE, na medida em que este direito “não é mais um mero postulado ideal, mas um verdadeiro princípio de prova, directamente vinculante de todas as autoridades”¹⁴⁹. Avultando a relevância deste direito, várias disposições de direito internacional

¹⁴⁵ Também GERMANO MARQUES DA SILVA dá a entender este carácter não ilimitado quando escreve que “com invasão da privacidade deve ser acautelada nos termos do nº 3 do art. 172º do CPP.” *Vide* Entrevista a GERMANO MARQUES DA SILVA, ANEXO B.

¹⁴⁶ Cfr. MONIZ, Helena (2002), *Op. Cit.*, p. 247. Também HUERTAS MARTÍN evidencia o carácter não absoluto deste direito, que pode ver-se limitado em atenção a interesses públicos. MARTÍN, M. I. Huertas (1999), *Op. Cit.*, p. 381.

¹⁴⁷ Ideia afirmada por VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (2009), *Processo...*, *Op. Cit.*, p. 177.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ Cfr. SILVA, Germano Marques da (2002), *Op. Cit.*, pp. 107 e 108. Partilhando desta opinião, MANUEL GUEDES VALENTE acrescenta que “o princípio da presunção de inocência é uma norma que vincula directamente as entidades públicas e privadas, além de constituir um dos direitos fundamentais de qualquer cidadão”. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (2009), *Processo...*, *Op. Cit.*, p. 170.

têm legislado no sentido de o proteger, nomeadamente na DUDH, no seu artigo 11.º, na CECH, no seu artigo 6.º, n.º 2, entre outras disposições legais.

Acompanhando Germano Marques da Silva quando transmite que o “princípio de presunção de inocência é antes de mais um princípio natural, lógico, de prova. Com efeito, enquanto não for demonstrada, provada, a culpabilidade do arguido não é admissível a sua condenação. Por isso que o princípio de presunção de inocência seja identificado por muitos autores com o princípio *in dubio pro reo*, e que efectivamente o abranja, no sentido de que um *non liquet* na questão da prova deva ser sempre valorado a favor do arguido”¹⁵⁰.

Direccionando a reflexão para esta exposição torna-se inevitável alcançar que “as presunções de culpabilidade emergidas dos nossos preconceitos, isto é, a culpa por intuição ou associação, violam o que há de mais sagrado do ser humano, a sua liberdade e a sua dignidade”¹⁵¹. Claro está, que ao nível processual penal, o próprio CPP garante protecção contra estas presunções de culpabilidade, assegurando o direito ao silêncio [artigo 61.º, n.º 1, alínea d, do CPP], e por conseguinte, à não auto-incriminação. Neste discorrer, a razão primordial da existência do direito ao silêncio é a própria presunção de inocência¹⁵².

Com o direito à não auto-incriminação procura-se fundamentalmente assegurar que a pessoa humana, outrora concebida como o objecto do processo, seja agora sujeito processual, investido de plena dignidade. Sendo que, em regra, não pode ser fonte ou meio de prova contra si mesmo.

Considerando que o reconhecimento legal deste direito de presunção de inocência não representa grande dificuldade, o mesmo não se pode afirmar quando se dissecar acerca da possível limitação do mesmo, sobretudo quando se vagueia entre a pessoa sujeito processual e a pessoa enquanto objecto de medidas de coacção e meio de prova¹⁵³.

Uma visão tradicional da doutrina, entenda-se acertadamente, concebe que este direito apenas se vê vulnerado quando o sujeito é obrigado ao desempenho de uma actividade ou acção positiva (conduta positiva), como uma declaração. Em sentido contrário, o mero tolerar passivo de uma actividade ou acção de terceiro (conduta negativa) não se substancia numa violação ao direito em análise. De acordo com esta visão, a lei ampara

¹⁵⁰ Cfr. SILVA, Germano Marques da (2002), *Op. Cit.*, p. 109.

¹⁵¹ Cfr. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (2009), *Processo...*, *Op. Cit.*, p. 159.

¹⁵² No trilho de FERNANDA PALMA quando afirma que a “primeira razão do direito ao silêncio é a própria presunção de inocência”. PALMA, Fernanda (2009), “Sentir o direito. O direito à não auto incriminação”, *Boletim Informativo*, p.1. Por sua vez, BENJAMIM RODRIGUES afirma que “a ideia de não auto-incriminação deriva directamente da ideia de liberdade e da presunção de inocência”. RODRIGUES, Benjamin Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 195.

¹⁵³ Já SÓNIA FIDALGO se havia interrogado acerca desta dificuldade de definição do alcance deste direito. FIDALGO, Sónia (2006), *Op. Cit.*, p.140.

unicamente o direito a não colaborar activamente no processo¹⁵⁴. Acentuando esta posição GUILHERME SILVEIRA JACQUES e ALINE COSTA MINERVINHO recorrem a clarificação que a Suprema Corte dos Estados Unidos emitiu onde consagra que o «direito de “não testemunhar contra si próprio” (...) somente é aplicável em casos em que o testemunho é de natureza “comunicativa”»¹⁵⁵.

Cimentando esta visão mais tradicional no seio da recolha de vestígios biológicos com recurso a intervenções corporais, percebe-se na linha de GOMES CANOTILHO, que “a doutrina dominante e uma boa parte da jurisprudência nacional e internacional de direitos humanos têm entendido que a presunção de inocência do arguido abrange apenas o direito a permanecer calado e a beneficiar da existência de uma dúvida razoável, não impedindo a recolha de material biológico para efeitos de análise de DNA”¹⁵⁶.

Seguindo esta posição também o “Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em sentença proferida em 17 de Dezembro de 1996 (caso *Sauders versus* Reino Unido), concluiu que o citado direito à não auto-incriminação se refere, em primeira linha, ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, ao direito ao silêncio, acrescentando que esse direito se não estende ao uso, em processo penal, de elementos obtidos do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, por exemplo as colheitas, por expiração, de sangue, de urina, assim como de tecidos corporais com finalidade de análises de ADN”¹⁵⁷.

De forma inversa, posicionam-se BENJAMIM RODRIGUES e HUERTAS MARTÍN, uma vez que, aludindo às intervenções corporais para recolha de vestígios biológicos, estes defendem que embora não se concretize enquanto declaração tradicional, os efeitos práticos de uma intervenção corporal são os mesmos. Podendo daí derivar elementos incriminadores para o sujeito, e por isso, pode este procedimento equiparar-se a uma declaração, consequentemente também limitador do direito ao silêncio e à não auto-incriminação e concludentemente do direito à presunção de inocência¹⁵⁸.

Ostentados estes dois critérios em tudo apostos, entende-se, em sentido mais tradicional, que a colheita de vestígios é um procedimento que não exige que o indivíduo tenha

¹⁵⁴ SÓNIA FIDALGO durante o seu estudo expõe esta visão que a própria afirmou de tradicional, no entanto, a mesma não revê a sua opinião na mesma. *Idem*, pp. 141 e 142.

¹⁵⁵ Cfr. JACQUES, Guilherme Silveira, MINERVINO, Aline Costa (2007), “Aspectos éticos e legais dos Bancos de Dados de Perfis Genéticos”, *Perícia Federal*, p. 20.

¹⁵⁶ Cfr. PARECER DE GOMES CANOTILHO integrado na redacção do AC. TC N.º 155/2007, DE 10 DE ABRIL.

¹⁵⁷ Cfr. TEDH, em sentença proferida em 17 de Dezembro de 1996 (caso *Sauders versus* Reino Unido), *in* AC. TC N.º 155/2007, PROCESSO N.º 695/06, DE 10 DE ABRIL.

¹⁵⁸ Cfr. RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Op.Cit.*, pp. 193-199. De igual forma, MARTÍN, M. I. Huertas (1999), *Op. Cit.*, pp. 383-387.

qualquer comportamento activo, pelo que nada se opõe à obrigação do mesmo se sujeitar a ingerências no seu corpo. Afasta-se, portanto, uma presunção de culpabilidade, uma vez que a colheita é a base duma perícia cujo resultado é incerto, assim, não serve apenas os interesses acusatórios, podendo da mesma forma ser meio para inocentar uma pessoa¹⁵⁹.

1.3- PRESSUPOSTOS DE INTERVENÇÃO CORPORAL NA RECOLHA DE VESTÍGIOS BIOLÓGICOS

Constata-se que “determinados direitos, liberdades e garantias fundamentais são restringidos com a recolha de vestígios biológicos, mormente quando esta se efectiva com ingerência no corpo humano”, pelo que, na linha do TC, considera-se que há que “decidir sobre a compatibilidade dessa restrição com a Constituição. Ora, não proibindo a Constituição, em absoluto, a possibilidade de restrição legal aos direitos, liberdades e garantias, submete-a, contudo, a múltiplos e apertados pressupostos (formais e materiais) de validade”¹⁶⁰.

1.3.1- A existência de uma Lei expressa (*Lex praevia, scripta, certa et stricta*¹⁶¹)

A entrada em vigor da LEI N.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, em 14 de Março de 2008, introduziu no ordenamento jurídico-penal português uma lei que expressamente prevê a colheita de material biológico (ADN) para posterior análise genética.

O facto de até então se desconhecer no ordenamento jurídico uma “lei expressa a proibir tal meio de prova não podia, por si só, à luz do disposto no artigo 125.º CPP, abrir portas à sua admissibilidade”¹⁶². Contrariando esta perspectiva alguma doutrina e jurisprudência, nomeadamente os ACÓRDÃOS DO TC, N.º 155/2007 E O N.º 228/2007, entendem que,

¹⁵⁹ “En realidad, la persona examinada no es el sujeto de la investigación, sino el objeto de la misma, en cuanto que no se le obliga a exteriorizar una declaración de voluntad autoinculpatoria, a realizar un acto procesal sobre su culpabilidad, sino antes bien a soportar la obtención de fuentes de prueba de su cuerpo, que pueden ser tanto inculpatórias como exculpatórias”. CASABONA, Romeo (1999), *Op. Cit.*, p. 10.

¹⁶⁰ Cfr. AC. TC N.º 155/2007, PROCESSO N.º 695/06, DE 10 DE ABRIL.

¹⁶¹ BENJAMIM RODRIGUES reporta-se a esta expressão referindo que a lei tem de ser prévia, escrita, certa e estrita. RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, pp. 193-199. No mesmo sentido, MARTÍN, M. I. Huer-
tas (1999), *Op. Cit.*, p. 375.

Por seu turno, ELIETE GONÇALVES RODRIGUES ALVES escreve que “o primeiro critério a ser invocado é o legal, já que não é uma faculdade, mas o cumprimento de uma norma expressa, inerente à persecução criminal, a realização de exame de corpo de delito”. ALVES, Eliete Rodrigues (2009), *Direitos Fundamentais. Limitações necessárias: aplicação do exame pericial do DNA para a identificação de pessoas*, Brasília, Brasil, Monografia de Pós-Graduação em Lato Sensu em Ordem Jurídica e Ministério Público, Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, p. 42.

¹⁶² Cfr. RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 226.

em prol do disposto no artigo 125.º do CPP¹⁶³, mesmo anteriormente à entrada em vigor da Lei n.º 5/2008, era legalmente admissível efectivar a recolha de vestígios biológicos para análise genética, ainda que de forma coactiva. No entanto, como sublinha BENJAMIM RODRIGUES, “tal tese deparava-se, então, com um forte obstáculo oriundo do artigo 18.º, n.º 3 da CRP, já que a restrição dos direitos fundamentais implica que, ao nível de cada um dos direitos implicados, existisse uma expressa autorização restritiva”¹⁶⁴. De resto, esta posição, abonatória no sentido da insuficiência normativa, no período anterior à LEI N.º 5/2008, e como tal exigente de uma lei expressa para realização de colheita de material biológico, já havia sido afirmada por COSTA ANDRADE e GOMES CANOTILHO¹⁶⁵.

Como se verifica, no que à perícia genética compreende, há uma exigência de previsão legal expressa, visando a protecção dos direitos fundamentais que são encurtados com tal medida, mormente na fase de recolha. Na mesma linha, também a CEDH, nos artigos 5.º, n.º 1 e 8.º, n.º 2, estabelece que o direito à liberdade e à intimidade apenas poderão ser restringidos quando tal medida estiver prevista numa lei.

Face a tudo isto, só a previsão legal, expressa e específica (*Lex praevia, scripta, certa et stricta*) autoriza e prescreve o regime de colheita de material biológico com incidência no corpo do visado. Permitindo um estreitar do indagar sobre a eficácia desta prova, uma vez que, não se deixa ao alvedrio do julgador a total apreciação de eventuais lesões nos direitos fundamentais que as aludidas medidas possam perpetrar¹⁶⁶.

Neste contexto, esta imanente necessidade legislativa sustentou um vazio legal, suprido com a entrada em vigor da LEI N.º 5/2008, que emprestou legitimidade constitucional à admissibilidade de se restringirem direitos fundamentais na recolha de material biológico (ADN) mediante ingerência no corpo do visado.

¹⁶³ Cfr. artigo 125.º do CPP (Legalidade da prova). “São admissíveis as provas que não forma proibidas por lei”.

¹⁶⁴ Cfr. RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, pp. 335 e 336.

¹⁶⁵ Posição esta firmada em pareceres que o recorrente juntou aos autos e que são referenciados no AC. TC N.º 155/2007. COSTA ANDRADE firma a sua posição quanto às colheitas de vestígios biológicos, mormente coactivas, defendendo que para a admissibilidade desta medida torna-se “indispensável (...) uma lei específica que as autorizasse e prescrevesse o respectivo regime (pressupostos materiais, formais, orgânicos e procedimentais)”. Corroborando deste mesmo entendimento, GOMES CANOTILHO acrescenta que “o quadro normativo existente (à altura dos factos) não é suficiente, por si só, para legitimar a recolha compulsiva de material biológicos para efeito de recolha de DNA”.

¹⁶⁶ Sobre este assunto e nesta mesma perspectiva, ALBUQUERQUE, Marcelo Shirmer (2008), “A garantia de não auto-incriminação. Extensão e limites”, São Paulo, Brasil, Editora Del Rey, pp. 116 e 117.

1.3.2- Necessidade de Prévia Autorização Judicial

Importa, desde já, salientar que a CRP é clara quando consagra que “na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”¹⁶⁷. No mesmo sentido, “em matéria processual penal, o artigo 32.º, n.º 4 (*a contrario sensu*) é incisivo ao referir que a instrução criminal pertence ao juiz (instrutórias) e que o mesmo não poderá delegar as suas funções (instrutórias) noutras entidades sempre que tais actos possam directamente contender com os direitos fundamentais”¹⁶⁸.

Acompanhando o esclarecido, tendo em conta que a obtenção da prova genética mediante recolha de vestígios biológicos e posterior aferição dos perfis de ADN, ao nível criminal, surge como uma verdadeira perícia sobre as características físicas ou psíquicas da pessoa. Importa acolher que, por regra, “a perícia é ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho da autoridade judiciária (...)”¹⁶⁹. No entanto, a recente alteração do CPP atestou legalmente grandes inovações ao nível do regime das perícias, sobretudo aquando da criação de um específico regime para a realização de perícias sobre as características físicas e psíquicas das pessoas. Uma destas alterações versa sobre a necessidade de intervenção do juiz, na realização deste tipo de perícias, quando estas recaiam sobre pessoa que não haja prestado o seu consentimento¹⁷⁰.

Como bem se alcança, a obtenção da prova genética mediante recolha de vestígios biológicos e posterior aferição dos perfis de ADN é uma daquelas perícias que recai sobre as características físicas ou psíquicas da pessoa. Interpretando unicamente o regime legal que acima se apresentou poderia erradamente admitir-se que havendo consentimento, a decretação de tal perícia de ADN pudesse concretizar-se por despacho da autoridade judiciária¹⁷¹. Interpretação essa contrariada pela LEI n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, nos termos do disposto no artigo 8.º, n.º 1, que exige que, quer haja ou não consentimento, seja o juiz a ordenar ou autorizar tais perícias.

¹⁶⁷ Cfr. artigo 202.º, n.º 2 da CRP.

¹⁶⁸ Cfr. RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 376.

¹⁶⁹ Cfr. artigo 154.º, n.º 1 do CPP.

¹⁷⁰ Cfr. artigo 154.º, n.º 1 do CPP. “Quando se tratar de perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, o despacho previsto no número anterior é da competência do juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado.”

¹⁷¹ Entendimento contrário adopta JOSÉ RAMOS quando admite a possibilidade dos OPC ordenarem uma recolha de vestígios biológicos sobre aquelas pessoas que consintam. *Vide* Entrevista a JOSÉ RAMOS, ANEXO E.

É entendido que a recolha de vestígios biológicos para fixação de um perfil de ADN, mediante ingerência no corpo da pessoa, “deve, por se encontrar sob reserva judicial, ser ordenada ou a requerimento do Ministério Público, haja ou não consentimento, já que estamos perante uma restrição dos direitos fundamentais envolvidos, pelo juiz (de instrução ou o [o] do julgamento consoante tenha ou não havido decisão [final] condenatória)”¹⁷². Tendendo a salvaguardar mais eficazmente os direitos e garantias pessoais dos visados por este tipo de perícia, a decisão judicial prévia que defere uma medida de recolha de vestígios biológicos mediante intervenção corporal deve ser fundamentada.

1.3.3- A efectiva e necessária observação do princípio da proporcionalidade *lato sensu*

O princípio da proporcionalidade *lato sensu*, enquanto “princípio estruturante de qualquer Estado (Democrático) de Direito”¹⁷³, consagra-se no artigo 18.º, n.º 2 da CRP¹⁷⁴, em sentido amplo, consubstanciando o alicerce fundamental face ao poder estatal e à limitação de direitos fundamentais. A partir da concretização deste princípio procura-se uma harmonia legalmente aceitável entre os inúmeros direitos ou interesses abarcados legalmente.

Na esteira de MANUEL GUEDES VALENTE compreende-se que este princípio da proporcionalidade se decompõe em três corolários directos: o princípio da adequação; o princípio da exigibilidade ou da necessidade; e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito ou da razoabilidade¹⁷⁵.

a) O princípio da adequação extrai-se do disposto no artigo 193.º, n.º 1 do CPP, pressupondo uma relação de adequação entre o meio usado e o fim perseguido, intrínseco a toda a restrição de direitos fundamentais, ou seja, o direito fundamental “que se pretende restringir tem de ser apropriado, idóneo e adequado para atingir o fim que se pretende obter mediante tal restrição ou limitação”¹⁷⁶.

Ao nível da recolha de vestígios biológicos mediante intervenção ou ingerência corporal, esta medida tem de ser adequada e idónea ao fim que se persegue na investigação criminal do caso concreto e que justifica tal lesão de direitos fundamentais. A desadequa-

¹⁷² Cfr. RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 378.

¹⁷³ *Idem*, p. 388.

¹⁷⁴ “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

¹⁷⁵ Cfr. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (2005), *Teoria Geral do Direito Policial Tomo I*, Coimbra, Almedina, p. 92.

¹⁷⁶ Cfr. RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 389.

ção e consequente inadmissibilidade desta medida revela-se, quando se opta pela mesma, sabidamente violadora de direitos fundamentais, mas cuja precisão é posta em dúvida por limitações de ordem prática, técnica ou científica. Não se quer com isto dizer que para ser adequada e idónea, a efectivação desta medida de recolha de vestígios biológicos terá sempre de evidenciar o facto que se pretende provar, o que implicaria que a sua concretização seria um mero capricho¹⁷⁷.

b) O princípio da exigibilidade ou da necessidade, também denominado de princípio da intervenção mínima ou princípio da escolha mais suave, “significa que, existindo outras medidas investigatórias que possam garantir, de forma satisfatória, o objecto que justifica o limite, deverão afastar-se todas aquelas que surjam mais gravosas para o direito alvo de limitação”¹⁷⁸.

No que às intervenções corporais concerne, *maxime* na colheita de material biológico (ADN), estas só se devem efectuar com tal procedimento se revelar exigível, não podendo obter-se o mesmo resultado recorrendo a outras diligências de prova menos invasivas e gravosas. Por conseguinte, esta medida está deslegitimada quando existam meios menos gravosos e igualmente eficazes para atingir o fim que se intenta. Corroborando esta intenção de necessidade e exigibilidade do meio menos gravoso, o legislador consagra no artigo 10.º, da LEI N.º 5/2008, de 12 de Fevereiro que, “a recolha de amostras em pessoas é realizada através de método não invasivo, (...) designadamente pela colheita de células da mucosa bucal ou outro equivalente (...)”.

b) O princípio da proporcionalidade em sentido restrito ou da razoabilidade, descrito como o princípio da justa medida compreende uma ponderação, equilíbrio entre a importância dos interesses em conflito:

“- por um lado o interesse público da prevenção, investigação e repressão da criminalidade, bem como os interesses da vítima do crime, cujos direitos foram restringidos, aos quais se associa o desígnio da eficácia da investigação;

- e, por outro, o direito à integridade pessoal, o direito à autonomia pessoal, o direito à dignidade humana, que representam também a própria personalidade da pessoa afectada com a diligência (da sujeição à recolha de amostras) em questão”¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Partilhando desta interpretação, **ALBUQUERQUE**, Marcelo Shirmer (2008), *Op. Cit.*, p. 129.

Diversamente, ainda que de forma ligeira e dúbia, **BENJAMIM RODRIGUES** expõe que “a intervenção corporal tem de servir, de forma clara e objectiva, enquanto limitação, para determinar ou comprovar os factos que constituem objecto do processo penal no qual tal medida é decretada”. **RODRIGUES**, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 390

¹⁷⁸ Cfr. **RODRIGUES**, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 390.

¹⁷⁹ Cfr. **DIAS**, Maria do Carmo de Menezes da Silva (2005), *Op. Cit.*, p. 203.

Esta medida de intromissão no corpo só se encontra legitimada, à luz da proporcionalidade em sentido restrito, se da mesma sobrevierem mais vantagens para o interesse público do que prejuízos para os outros valores em conflito. Só assim se alcança o cabal equilíbrio que se resulta deste princípio e subjaz a intervenção do Estado, impondo-lhe limites inexcedíveis.

Em síntese, importa ter presente que a medida de intervenção corporal que se efetiva na recolha de vestígios biológicos tem de emergir da justa ponderação de vários indicadores: a gravidade do crime, a sua repercussão social, a necessidade deste tipo de medida face às condições de saúde do indivíduo e a probabilidade de êxito desta medida¹⁸⁰. Somente esta justa ponderação poderá legitimar esta medida na dimensão proporcional adequada e necessária que se exige.

1.4- A SUJEIÇÃO A RECOLHA DE VESTÍGIOS BIOLÓGICOS (ADN) ELEVADA A OBRIGAÇÃO PROCESSUAL

Neste ponto pretende-se analisar, ainda que sucintamente, a existência ou não de uma obrigação processual legal do visado se submeter a uma colheita de vestígios biológicos.

Quanto à amplitude desta eventual obrigação, importa esclarecer se a submissão a esta medida de intervenção corporal constitui um ónus processual que a não ser consumado acarreta consequências. Neste sentido, surgem as seguintes hipóteses em caso de incumprimento:

a) A utilização de uma presunção de culpabilidade contra o visado verificando-se a inversão do ónus da prova é uma das hipóteses apresentadas face ao incumprimento da obrigação de se submeter à recolha. No ordenamento jurídico português esta é uma medida que vigora no direito civil em sede de investigação de paternidade. Por outro lado, como realça BENJAMIM RODRIGUES, “a presunção de culpabilidade é rotundamente inadmissível no processo penal, já que não se admitem ónus probatórios ou presunções de culpabilidade contra o arguido”¹⁸¹. Acresce que “o arguido presume-se inocente pelo que se lhe não exige actividade probatória alguma em ordem a comprovar esta *verdade interina* do processo, tendo em conta que se tal lhe fosse exigido se lhe estaria a impor um encargo às vezes de impossível realização”¹⁸², daí afirmar-se que o ónus da prova pertence à acusação. Uma posição contrária “além de desvirtuar o

¹⁸⁰ Sobre esta enumeração de critérios a que deve atender para se apurar da proporcionalidade da recolha de vestígios biológicos consultar RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 392. ALBUQUERQUE, Marcelo Shirmer (2008), *Op. Cit.*, p. 130.

¹⁸¹ Cfr. RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 401.

¹⁸² Cfr. SILVA, Germano Marques da (2002), *Op. Cit.*, p. 111.

princípio da presunção de inocência, parece contradizer a estrutura acusatória do processo criminal, que não se compadece, em caso algum, com uma repartição do ónus da prova (artigo 32.º, n.º 2 e n.º 5 da CRP) »¹⁸³.

Cumprе salientar que, em sentido contrário à ideia adoptada, autores¹⁸⁴ há que entendem que em caso de recusa de submeter-se à recolha deveria recair sobre o arguido uma desvantagem processual, que pode ser valorada como indício de culpabilidade dos factos contra si alegados.

b) A recolha mediante o uso da força de vestígios biológicos afigura-se para alguns autores como a medida cabal para efectivar a recolha de vestígios biológicos enquanto obrigação processual. Entendem estes, diga-se desacetadamente, que o legislador português, com a recente LEI N.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, pretendeu legitimar, com a necessária previsão e densidade legislativa, a recolha coactiva com o uso da força de vestígios biológicos para ulterior análise de ADN¹⁸⁵. Justificando esta interpretação, apontam esta mesma Lei, no seu artigo 8.º, n.º 1, quando consagra que “a recolha de amostras em processo crime é realizada a pedido do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido, ao abrigo do disposto no artigo 172.º do Código de Processo Penal (CPP)”. Esta remissão para o artigo 172.º, n.º 1 do CPP, é entendida por PEDRO VERDELHO no sentido de que “qualquer pessoa possa ser obrigada, se necessário com o uso da força, a ser sujeita a exame (que pode revestir, por exemplo, a forma de colheita de amostras para a ulterior realização de perícia) »¹⁸⁶.

Noutro extremo, longe de interpretações algo levianas, entende-se que o uso da força será sempre uma medida simplesmente inaceitável. Primeiro, porque a lei portuguesa não consagra expressamente, em lado algum, a admissibilidade do uso da força na recolha de material biológico com ingerência no corpo da pessoa humana. Não será uma interpretação extensiva da re-

¹⁸³ Cfr. PARECER 18/2007 CNPD.

¹⁸⁴ Numa posição doutrinária divergente da defendida: MARTÍN, M. I. Huertas (1999), *Op. Cit.*, pp. 410-413; BARROS, Marco António, PISCINO, Marcos Pereira, “DNA e a sua utilização como prova no processo penal” in URL: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos_2008/Marco_Antonio_de_Barros_2.pdf>. (Acedido a 23 de Março de 2010), p. 20.

¹⁸⁵ Em sentido oposto pronunciou-se RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 403.

¹⁸⁶ Aludindo a RUI PEREIRA que em conferência sobre a Revisão do Código de Processo Penal, no Centro de Estudos Judiciários (CEJ), em 11 de Maio de 2007, adoptou também ele esta mesma interpretação. VERDELHO, Pedro (2007), “Técnica do novo C.P.P: Exames, perícias e a prova digital”, in URL: http://www.cej.mj.pt/cej/forma-continua/fich-pdf/formacao200708/jornadas_penal_textos/provatecnica_coimbra2007pv.pdf. (Acedido a 01 de Março de 2010), p. 10. Na linha daquilo que muitos autores têm entendido após a revisão de 2007 do CPP.

Completa expondo que consequentemente analisando o regime do 154.º, n.º 2 do CPP, onde se prevê um mecanismo processual que actua na falta de consentimento do visado, está a prever-se a obrigação do mesmo se submeter à perícia ainda que contra a sua vontade. Sendo que, se tal se demonstrar necessário, “pode ser ordenada pelo juiz a recolha de amostra destinada a análise de ADN, se necessário com o uso da força, desde que a intervenção seja proporcional”. *Ibidem*.

Partilha deste entendimento JOSÉ RAMOS quando sublinha “a possibilidade de recurso à força por parte das entidades policiais, de molde a efectuar a recolha ainda que contra a vontade do visado”. *Vide* Entrevista a JOSÉ RAMOS, ANEXO E.

missão para o artigo 172.º, n.º 1, do CPP que se opera no artigo 8.º, n.º 1, da Lei 5/2008, que determinará tal situação. Até porque o sentido da expressão “compelir” aí prevista não está até hoje devidamente explícita.

Por outro lado, não menos importante, esta medida lesaria sempre o artigo 126.º do CPP – Métodos proibidos de prova –, conotando-se nestes moldes como uma medida desproporcional e, como tal, uma interpretação inconstitucional. Sabendo que “em causa está a necessidade de garantir o sucesso da investigação criminal, a descoberta da verdade material e, afinal, a realização da justiça. Mas, a realização da justiça também pressupõe o respeito pelos direitos fundamentais, em vista do respeito pela dignidade da pessoa humana. Pois, se a pessoa não permite e para se recolher tem de se utilizar a força, crê-se que haverá um conflito de interesses e que dificilmente se justificará a prevalência da recolha”¹⁸⁷.

c) Imposição ao visado de sanção penal consubstanciada no crime de desobediência quando haja um não cumprimento da recolha. Entende-se que tal não se pode verificar devido:

* Em primeiro lugar e como alvitra HUERTAS MARTÍN, ao visado pode resultar-lhe mais conveniente assumir a pena pelo crime de desobediência e como tal o incumprimento da recolha, se com tal comportamento evitar uma condenação por um delito mais grave.

* Por fim, urge evidenciar que a cominação do crime de desobediência nada acrescenta de novo ao nível investigatório, na persecução do interesse público e da descoberta da verdade material, dado que a recusa pode continuar a ser feita.

Da recusa activa de se submeter à recolha resulta que sobre o visado, à luz do disposto na lei, a posição adoptada inclina-se no sentido de que não recai qualquer consequência sobre o mesmo. Pelo que, na verdade, e embora se entenda que existe uma obrigação inerente do indivíduo se submeter à recolha, esta obrigação não se concretiza em nenhum mecanismo legislativo e processual previsto actualmente no seio do ordenamento jurídico português. Não olvidando que esta insuficiência de previsão legal a aplicar em caso de recusa deve ser colmatada, caso contrário, a aplicação desta prova em processo penal e na investigação criminal, será sempre um instrumento muito pouco eficaz, sempre dependente da vontade do visado.

¹⁸⁷ Cfr. Entrevista a MÁRIO FERREIRA MONTE, ANEXO C.

Salientando esta posição, a CNPD quando refere que «para efeitos de investigação criminal, essa prática poderia significar, não apenas a “coisificação” do corpo humano, mas ainda a negação dos princípios constitucionais e de processo penal acima indicados. De resto, a recolha coerciva do ADN, com recurso à força física para obtenção da amostra, em ordem a instruir o processo penal de natureza acusatória contra o próprio titular da amostra, parece assemelhar-se, muito de perto, a práticas próximas da tortura». Posição expressa no PARECER 18/2007 DA CNPD.

CAPÍTULO III

A ACÇÃO DA PSP NA RECOLHA DE VESTÍGIOS BIOLÓGICOS (ADN): INTERVENÇÃO CORPORAL

1.1- A ACTIVIDADE INVESTIGATÓRIA E A RECOLHA DE VESTÍGIOS BIOLÓGICOS NA PSP: DA GÉNESE À ACTUALIDADE

Ao nível da investigação criminal, onde cabe a recolha de vestígios biológicos, a PSP encontra-se numa fase de amadurecimento legal e operacional.

A Polícia de Investigação Criminal, criada em 1917 e integrada no Ministério da Justiça e dos Cultos em 1927, teve origem numa repartição de polícia de investigação judiciária que se autonomizou do, então, Corpo de Polícia Cívica, corpo originário da PSP¹⁸⁸. Interpretando o exposto, percebe-se que as competências de investigação criminal no seio da instituição PSP remontam a esta época. No entanto, sublinha-se com PICA DOS SANTOS, quando alega que “o percurso da Investigação Criminal na PSP, legal e expressamente consagrada, foi determinado por dois diplomas legislativos, designadamente, o DECRETO-LEI N.º 81/95, de 22 de Abril e a LEI N.º 21/2000, de 10 de Agosto, comumente apelidada de LOIC”¹⁸⁹.

Se o primeiro diploma atribuiu à PSP competência para a investigação do tráfico, distribuição directa e consumo de estupefacientes¹⁹⁰, “constituindo-se como a origem legal do caminho trilhado pela PSP no domínio da Investigação Criminal”¹⁹¹, com a aprovação do segundo diploma operou-se uma reforma estrutural ao nível da investigação em larga escala. Com a entrada em vigor deste novo diploma, a PSP, a par da sua congénere Guarda Nacional Republicana (GNR), viu as suas competências em matéria de investigação serem alargadas, abrangendo competências que, até então, eram pertença reservada da Polícia Judiciária (PJ)¹⁹². Desta forma, aumentadas as suas competências ao nível da prevenção de

¹⁸⁸ Cfr. MASSANEIRO, Rui (2009), *Gestão do Local do Crime: Perspectiva e Abordagem do Primeiro Elemento Policial*, Dissertação de Licenciatura em Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, pp. 5 e 6.

¹⁸⁹ Cfr. SANTOS, Nuno Pica dos (2008), “Evolução e perspectivas de futuro da Investigação Criminal na PSP (Reflexões)”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Artur Anselmo*, Coimbra, Edições Almedina, p. 566.

¹⁹⁰ Nos termos do artigo 1.º, n.º 2 e artigo 2.º, n.º 2 do DL N.º 81/95.

¹⁹¹ Cfr. MASSANEIRO, Rui (2009), *Op. Cit.*, p. 9.

¹⁹² A Lei de Organização da Investigação Criminal (LOIC) DE 2000 consagrou, expressamente, no seu artigo 3.º, n.º 5, que a PSP e a GNR estão habilitadas para “a prevenção e investigação dos crimes cuja competência não esteja reservada à Polícia Judiciária e ainda dos crimes cuja investigação lhe seja cometida pela respectiva lei orgânica ou pela autoridade judiciária competente para direcção do processo.” (Este n.º passou a ter nova redacção pelo artigo único do DL N.º 305/2002, de 13 de Setembro, sendo esta redacção aditada pelo mesmo DL enquanto n.º 6 deste mesmo artigo). Esta ideia manteve-se com a LOIC de 2008: “É da competência genérica da Guarda Nacional Republicana e da Polícia de Segurança Pública a investigação de crimes

criminalidade, deu-se a introdução de novas diligências processuais, nomeadamente a concretização de inspecções judiciais a locais de crime e as diligências levadas a cabo sobre o próprio visado, *maxime* a recolha de vestígios biológicos.

Face ao exposto, na mesma linha de MASSANEIRO, conclui-se que o legislador teve a preocupação primitiva de atribuir à PSP “a investigação da criminalidade cujo sucesso depende de uma estratégia de proximidade, concentrando já uma parte significativa de acções de investigação de pequena e média criminalidade”¹⁹³.

A crescente actividade de investigação criminal desenvolvida pela PSP, ditada pela modernização e quantificação criminal, a par do essencial cumprimento das atribuições então adjudicadas a esta instituição, tornaram visível a necessidade de redefinir a estrutura orgânica que então vigorava na Investigação Criminal da PSP. Tentando colmatar esta necessidade foi instituído o Subsistema de Investigação Criminal pela CIRCULAR DEPIPOL N.º 1719/2003, de 04 de Agosto, propondo “estabelecer um conjunto de novas medidas, visando sobretudo, estabelecer uma nova orgânica do sistema da investigação criminal em Portugal e esclarecer o conteúdo funcional de cada subunidade”¹⁹⁴.

Recentemente o DESPACHO N.º 20/GDN/2009 operou um conjunto de redefinições ao nível da organização e competências das Divisões de Competência Específica que naturalmente também incidiram sobre as Divisões de Investigação Criminal (DIC).

Actualmente, ao abrigo da LOIC de 2008, conforme o exposto no seu artigo 6.º, a PSP encontra-se apta legalmente para “a investigação de crimes cuja competência não esteja reservada a outros OPC’s e ainda dos crimes cuja investigação lhe seja cometida pela autoridade judiciária competente para a direcção do processo”. Crimes esses concretamente elencados na Lei pronunciada, nos termos do seu artigo 7.º, n.3, mediante o cumprimento dos pressupostos previstos no artigo 8.º, n.º 1.

O enquadramento histórico-legal da investigação criminal na PSP que previamente se expôs revela um conjunto de alterações, inovações e (res)estruturações organizacionais, que acompanhando a metamorfose da criminalidade, visam dotar a PSP de um mecanismo investigatório capaz de responder com a eficácia e a celeridade que a sociedade lhe exige. Não fosse a Investigação Criminal “ pilar fundamental não só para o aprofundamento dos

cuja competência não esteja reservada a outros órgãos de polícia criminal e ainda dos crimes cuja investigação lhes seja cometida pela autoridade judiciária competente para a direcção do processo nos termos do artigo 8.º”, Cfr. artigo 5.º, da LEI N.º 49/2008, de 27 de Agosto que aprova a LOIC.

¹⁹³ Cfr. MASSANEIRO, Rui (2009), *Op. Cit.*, p. 10.

¹⁹⁴ *Idem*, p. 15.

valores da solidariedade e da democracia, mas também para o exercício do valor supremo da justiça – a liberdade”¹⁹⁵.

1.1.1- A Unidade de Polícia Técnica

Concentrada na DIC, a criação da UPT acompanhou a reestruturações que se foram promovendo no âmbito da PSP relativamente à Investigação Criminal, no intuito sempre primário de atender ao supremo interesse público de segurança efectivamente constatável. De resto, a edificação desta estrutura marca, inegavelmente, a tentativa de modernização da Investigação Criminal que se concretiza no interior da PSP, procurando dotá-la de um “cunho de polícia científica”¹⁹⁶.

Resumindo, a actividade desenvolvida pela UPT no conjunto das suas várias áreas respeita a: “a) Desenvolver todas as acções de inspecção e identificação judiciária determinadas por autoridades Judiciária ou decorrentes de crimes de que tomem conhecimento e cuja competência de investigação se encontre genericamente deferida na PSP; b) Encaminhar para as entidades competentes os vestígios recolhidos, bem como a correspondente recepção e encaminhamento dos resultados; c) Efectuar teste rápido a produto suspeito de ser estupefaciente, por solicitação de qualquer serviço ou subunidade do Comando, mediante formulários respectivos; d) Proceder à guarda e armazenagem de todo o produto estupefaciente apreendido no Comando e sujeito à sua custódia; e) Proceder à entrega do produto estupefaciente aos serviços competentes, de acordo com os procedimentos estabelecidos com as autoridades judiciárias e a entidade laboratorial competentes; f) Manter registo rigoroso relativo a todo o estupefaciente armazenado e entregue a entidades competentes; g) Registar, controlar e remeter os respectivos formulários (ex. TCD/SDL); h) Apoiar, dentro das suas capacidades técnicas e logísticas, a actividade do Comando, designadamente em termos de perícia documental, lofoscópica, grafológica e retratológica; Manter a ligação técnica e funcional com a sua congénere da Direcção Nacional da PSP”¹⁹⁷.

1.1.1.1- Equipas de Identificação e Inspeção Judiciária

¹⁹⁵ Cfr. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (2005), *Teoria Geral do Direito Policial Tomo I*, Coimbra, Almedina, p. 220.

¹⁹⁶ Cfr. MASSANEIRO, Rui (2009), *Op. Cit.*, p. 16.

¹⁹⁷ Cfr. DESPACHO N.º 20/GDN/2009, ponto 3.4.

Fruto da entrada em vigor da LOIC DE 2000, o cenário da Investigação Criminal alterou-se expressivamente em Portugal, tendo a PSP e a GNR abarcado no âmbito das suas competências de investigação criminal um leque de crimes que até então eram da competência reservada da PJ.

Atendendo à situação que então se vivia, caracterizada pelo aumento do volume de crimes de que a PSP tomava conhecimento diariamente e para os quais tinha competência investigatória, justificou-se, “em razão de uma maior e mais eficiente investigação criminal e luta contra a criminalidade, uma capacidade própria e autónoma de pesquisa e recolha de vestígios lofoscópicos e outros, em locais de crime”¹⁹⁸. Sob este desígnio, em 2000, pela NEP N.º OPSEG/DEIPOL/02/03, de 17 de Agosto, são constituídas e criadas as Equipas de Inspecção Judiciária (EIJ), actuais EIJ, em todos os Comandos da PSP, desenvolvendo as acções de inspecção e identificação judiciária no quadro de competências da PSP¹⁹⁹. Realça-se que, nesta fase embrionária, as competências em matéria de recolha de vestígios se limitava, de forma geral, a vestígios lofoscópicos, não existindo nesta NEP qualquer referência expressa a vestígios biológicos.

Em 2007, “no âmbito das competências em matéria de investigação criminal atribuídas à PSP, decorrentes da entrada em vigor da Lei de Investigação Criminal – LOIC (L21/2000, de 10AGO), do protocolo de acordo estabelecido entre a PSP e a Polícia Judiciária (...) e também da recente criação da Divisão de Investigação Criminal”²⁰⁰ tornou-se necessário redefinir e reformular algumas regras de actuação das EIJ. Tentando colmatar estas necessidades prementes, o Comando Metropolitano de Lisboa (COMETLIS) exarou a DIRECTIVA N.º 3/2007, que redefiniu e estabeleceu novas orientações relativas à orgânica, funcionamento, competências e atribuições das EIJ no COMETLIS. De referir que esta Directiva definiu, entre outras, como principais atribuições e competências das EIJ: “a) A inspecção ao(s) local ou locais do(s) crime(s) para efeitos de pesquisa e recolha de vestígios lofoscópicos ou outros; b) A elaboração de croquis e/ou levantamento fotográfico do local a inspeccionar, sempre que procedam à sinalização, levantamento e recolha de vestígios; c) A (re)definição do perímetro de segurança, para assegurar a preservação de vestígios e de locais de crime, sempre que, após a chegada ao local se verifique a necessidade de reposicionar o perímetro e os vestígios devam ser recolhidos/inspeccionados, em coordenação com a Subunidade responsável; d) A limitação de acessos ao local do crime bem

¹⁹⁸ Cfr. NEP N.º OPSEG/DEIPOL/02/03, de 17 de Agosto, p. 2.

¹⁹⁹ Competências enumeradas na NEP N.º OPSEG/DEIPOL/02/03, de 17 de Agosto, p. 3.

²⁰⁰ Cfr. DIRECTIVA N.º 3/2007 DO COMETLIS, ponto 1.

como aos objectos que tenham servido para a sua prática e ainda a áreas reservadas em razão da preservação de vestígios a recolher, sempre que tal procedimento não tenha sido devidamente assegurado pela Subunidade local; e) O encaminhamento dos vestígios, recolhidos pelas EIIJ, para as Entidades competente, bem como a correspondente pesquisa, recepção e envio de resultados, às subunidades e às demais entidades; f) A recolha de impressões digitais e/ou palmares a arguidos e/ou detidos, para efeitos de identificação judiciária e a suspeitos e/ou ofendidos, no âmbito processual penal, desde que estejam devidamente identificados; g) A inspecção de veículos e/ou outros objectos que tenham servido à prática de crime”²⁰¹.

Analisando as atribuições e competências que ora se enumeraram facilmente se alcança que estas não contemplam expressamente a recolha de vestígios biológicos enquanto tarefa das EIIJ. Embora esteja bem presente que este é um procedimento invariavelmente desenvolvido por estas equipas, nota-se que há um certo receio, comum a toda a sociedade²⁰², de abraçar notoriamente este tipo de medida, principalmente quando esta se faz com ingerência no corpo do visado. De tal modo que, numa Directiva desta natureza, apenas se fazem duas referências directas à possibilidade de recolha de vestígios biológicos e sempre num contexto de esta se concretizar no cenário de crime.²⁰³

1.2- AS EIIJ E A RECOLHA DE VESTÍGIOS BIOLÓGICOS

Discorrendo sobre o descrito compreende-se que as atribuições e competências originárias das EIIJ não se reflectem na recolha de vestígios biológicos. Como observado, “actualmente, a lofoscopia constitui a principal actividade e o suporte científico das acções levadas a cabo pelas EIIJ”²⁰⁴. Do total de recolhas que foram concretizadas pelas EIIJ a nível nacional no ano de 2009 apenas 8% se traduzem em colheitas de material biológico.

²⁰¹ *Idem*, ponto 4.

²⁰² Em Conferência a 11 de Fevereiro de 2010, organizada pelo Sindicato dos Magistrados do Ministério Público e subordinada ao tema “Base de dados de perfis de ADN. Entre o interesse da investigação e a tutela dos direitos fundamentais”, SIMA SANTOS e CORTE REAL sublinharam o receio e a prudência que caracterizam a admissão da prova por perfis de ADN em Portugal.

²⁰³ Estas referências a vestígios biológicos são feitas no ponto 6.1.1 e 6.3.1, da DIRECTIVA N.º 3/2007 do Comité.

²⁰⁴ Cfr. PRAGANA, Carlos (2009), *Bases de dados Genéticos com Fins Criminais: A Perspectiva e Contribuições da PSP*, Dissertação de Licenciatura em Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, p. 36.

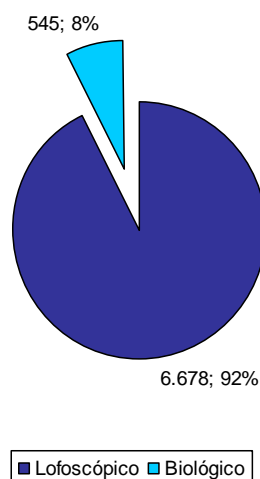


GRÁFICO 1 – Recolha de vestígios biológicos e lofoscópicos realizada pelas EIJJ a nível nacional

Comparativamente verifica-se uma tendência, ainda que muito ténue, do incremento da utilização da prova biológica no mecanismo investigatório desenvolvido pela PSP²⁰⁵. A título de exemplo expõe-se a realidade do COMETLIS, verificando-se uma ligeira subida das recolhas de indícios biológicos do ano de 2003 para o ano de 2009, sendo que tal não se verificou ao nível das recolhas lofoscópicas, onde ocorreu mesmo uma diminuição desta actividade.

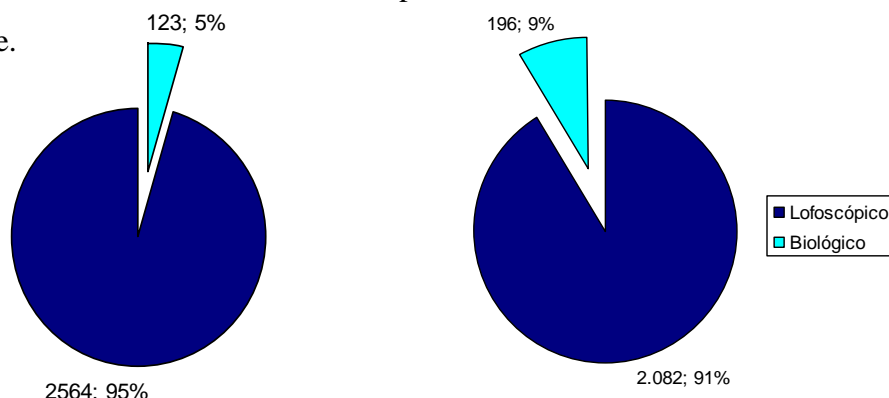


GRÁFICO 2 – Recolha de vestígios biológicos e lofoscópicos realizada pelas EIJJ no COMETLIS nos anos de 2003 e 2009, respectivamente.

Esta relutância na utilização da prova biológica repercute-se numa investigação criminal quase que somente auxiliada pela identificação lofoscópica, resumindo-se a identificação genética a uma quimera. Tal discrepância verificada entre estes tipos de recolha, com claro prejuízo da recolha de material de natureza biológica, tem procedência em alguns condicionalismos internos e externos²⁰⁶:

²⁰⁵ Este esforço no sentido de adoptar a prova biológica sobressai em alguns Comandos como: Lisboa, Setúbal, Coimbra e Açores. No outro extremo situam-se Comandos em que a recolha de vestígios biológicos ainda é uma realidade pouco proveitosa ou mesmo inexistente, no caso: Bragança, Vila Real, Beja e Porto. Vide ANEXO A.

²⁰⁶ Sobre este assunto consultar MARTINS, Daniel (2004), *Op. Cit.* pp. 53-60.

* Já MARTINS²⁰⁷ e PRAGANA²⁰⁸ aquando das suas investigações haviam defendido que os elementos das EIJ têm uma formação muito limitada e longe de ser a mais adequada, fixando-se esta formação, relativamente à recolha de vestígios biológicos em um único dia durante o curso que os elementos das EIJ têm de concretizar. Para complementar esta diminuta formação, é, frequentemente, solicitado o apoio do LPCPJ, cujos técnicos ministram cursos no sentido de aperfeiçoar os conhecimentos e, consequentemente, a técnica dos elementos das EIJ quanto à recolha de vestígios biológicos.

* A tardia criação da base de dados em Portugal, pela Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro e a sua quase inutilidade pode provocar “um desencorajamento para a recolha”²⁰⁹, dado que o elemento das EIJ pode entender que o concretizar dessa colheita se revelará inútil na identificação genética do visado.

* Outro dos motivos pelo qual a recolha de vestígios biológicos é ainda deficiente assenta no facto da LOIC atribuir a maior parte dos crimes susceptíveis de colheita de material biológico à PJ;

* Ao nível do material utilizado na recolha o mesmo também se revela insuficiente, surgindo todos os dias novas técnicas que permitiriam facilitar essa recolha, sendo que, esse material não é adquirido em tempo útil. Apontando-se como principal motivo o custo demasiado elevado que a aquisição de tais ferramentas implicaria.

Discriminados os condicionalismos primordiais que inviabilizam a recolha de vestígios biológicos da forma mais desejável, deve a PSP, em geral, e as EIJ, em particular, desenvolver um conjunto de esforços no sentido de “(...) encontrar o caminho para a modernização, acompanhando as constantes mutações do crime, tentando cada vez mais a especialização de forma a dar uma resposta célere às exigências da sociedade”²¹⁰. É convicção que esta modernização esbarrará sempre na utilização deste meio de prova que se consubstancia com a recolha de material biológico quer esta se concretize no cenário do crime ou directamente no corpo do visado.

²⁰⁷ *Idem*, p. 57.

²⁰⁸ Cfr. PRAGANA, Carlos (2009), *Op. Cit.*, p. 37.

²⁰⁹ Cfr. MARTINS, Daniel (2004), *Op. Cit.*, p. 55.

²¹⁰ Cfr. PRAGANA, Carlos (2009), *Op. Cit.*, p. 38.

1.3- AS EIIJ E A RECOLHA DE VESTÍGIOS BIOLÓGICOS , EM ESPECIAL,
MEDIANTE INTERVENÇÃO CORPORAL: PROCEDIMENTOS²¹¹

A competência para a recolha de vestígios biológicos no seio da PSP é da competência das EIIJ que, por sua vez, se encontram concentradas na UPT.

Antes de se iniciar a análise propriamente dita, importa salientar que, nos moldes actuais, a colheita de material biológico com intrusão no corpo da pessoa apenas se realiza quando existe uma amostra sob investigação cuja identificação se pretende estabelecer (amostra problema), geralmente colhida no local do crime, e se pretende comparar essa amostra com determinada amostra referência, colhida de um indivíduo, porque existe a forte suspeita da mesma pertencer ao visado. Depois de recolhida, a amostra problema é enviada para o Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária (LPCPJ), no caso de crimes que não impliquem a morte ou a violação da vítima. Caso contrário, remetem-se para o Instituto Nacional de Medicina Legal (INML). Nestes laboratórios o material é analisado, apurando-se se o mesmo está bem acondicionado e se pode ser preservado, em caso positivo, procede-se ao registo do vestígio, etiquetando-o e armazenando-o, por forma, caso se demonstre necessário, a analisar o perfil de ADN que este material encerra²¹².

Os procedimentos que, actualmente, vigoram ao nível da recolha de material biológico com ingerência no corpo da pessoa no âmbito da actividade das EIIJ são os subseqüentes:

a) O MP na sua qualidade de titular do inquérito requer junto do OPC, neste caso a PSP, que efectue a colheita de células da mucosa bucal em determinado indivíduo, através do método de zaragatoa bucal. Sem contudo haver qualquer pronúncia por parte do juiz, o que, como já se explanou anteriormente nesta investigação, não deveria suceder, pois este tipo de recolha deveria ser sempre ordenada oficiosamente ou o requerimento pelo juiz. Cumpre, ainda, esclarecer que o despacho a que se alude contém indicações claras e expressas de que a colheita só se concretiza mediante consentimento por parte do visado.

b) Relativamente à recolha, esta é efectuada por uma equipa das EIIJ, composta por dois elementos ou, na insuficiência de elementos, apenas por um. À mesma podem assistir, além do visado e da equipa de recolha, o seu advogado, procurando a PSP que o responsável pela inves-

²¹¹ Salienta-se que, a acção da PSP a que se alude neste ponto, integra principalmente a realidade do COMETLIS, uma vez que a análise e observação deste tipo de procedimento ocorreu maioritariamente a este Comando. No mesmo sentido, as entrevistas (*Vide* ANEXO F E G, Entrevistas à SUBCOMISSÁRIO ANGELINA RIBEIRO e ao CHEFE GALHARDAS, respectivamente) foram realizadas a pessoas que exercem a sua actividade profissional no COMETLIS (EIIJ), o que não invalida que conheçam a realidade nacional.

²¹² Casos acontecem em que esse material nunca chega a ser analisado de forma a se extrair um perfil de ADN.

tigação também assista a esta diligência. Importa destacar que, por norma, o titular do inquérito não está no local²¹³.

c) A colheita de material biológico é concretizada em material estéril, com recurso a zaragatoa bucal, procurando-se através de um processo metuculoso, não contaminar e não ser contaminado pelos vestígios, dada a susceptibilidade de tal acontecer quando se recolhe material biológico.

d) Além do vestígio biológico recolhido, no mesmo momento procede-se ao preenchimento do Auto de Colheita que contempla o preenchimento de dados pessoais do visado, uma fotocópia do documento de identificação, a impressão digital do dedo indicador direito, uma fotografia e a sua assinatura conforme o BI, procedimentos estes que visam confirmar a autenticidade da identificação.

Quanto aos Autos de Colheita de amostras biológicas que se preenchem por altura da colheita do vestígio cumpre, desde já, focar que o ponto 5 relativo ao consentimento livre e esclarecido apenas integra o texto nos Autos de Colheita de Amostras para Identificação Civil e em Voluntários, o mesmo não acontecendo nos Autos de Colheita de Amostras e de Identificação em Arguidos e em Condenados. Este facto parece revelar que o consentimento não assume o carácter de obrigatoriedade e necessidade legal para se consumir uma colheita de material em arguidos e em condenados. No mesmo sentido, parece apontar a DELIBERAÇÃO DO CONSELHO MÉDICO-LEGAL, DE 15 DE JULHO DE 2008, relativa ao Regulamento de Funcionamento da Base de Dados de Perfis de ADN, quando consagra, nos termos do seu artigo 4.º, a necessidade de “consentimento livre, informado e escrito, e com autorização expressa” para a obtenção de um perfil de ADN, mas refere apenas os casos de recolha em voluntários ou em parentes de pessoas desaparecidas.

e) Após cumpridos os formalismos que viabilizam a recolha, a zaragatoa bucal é devidamente acondicionada no interior de um envelope, posteriormente selado e etiquetado. O responsável pela vistoria, geralmente o Chefe responsável pela equipa, atesta a conformidade dos procedimentos desenvolvidos e envia o material para o laboratório, indicando-se, simultaneamente, qual é o objectivo pretendido com tal análise laboratorial.

f) Chegado o material ao laboratório, após confirmação do cumprimento de todos os formalismos anteriormente descritos, este recebe a amostra referência e procede à sua análise e comparação com o perfil de ADN constante na amostra problema, avaliando da concordância dos perfis de ADN que estas encerram.

g) A resposta, que poderá levar alguns meses, pronuncia-se pela correspondência negativa ou positiva dos perfis de ADN da amostra problema e da amostra referência. Esta comunicação é transmitida directamente para os OPC's, no caso da PSP, para as EIJJ, dado que foram ele-

²¹³ Note-se que, ao nível do COMETLIS, esta diligência efectua-se numa sala onde ocorrem muitas outras actividades.

mentos destas equipas que formularam o pedido de análise junto do laboratório. Considera-se que este encaminhamento de informação contraria o disposto no artigo 19.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, da LEI N.º 5/2008 de 12 de Fevereiro, uma vez que, tais dados deveriam ser comunicados pelo INML ao juiz que, quando necessário ou mediante requerimento fundamentado, comunicaria ao MP ou aos OPC's. Sustenta-se que a não adopção destes procedimentos advém do facto da Base de Dados ainda não funcionar de forma profícua para a investigação criminal.

h) Por último, esta informação, seja positiva pela identificação ou negativa pela não correspondência, é aditada aos Autos, dando-se conhecimento ao titular do inquérito.

O processo que abrange a recolha de material biológico mediante intervenção corporal enquanto actividade desenvolvida pelas EIJ reúne um conjunto de procedimentos que propendem garantir e assegurar a custódia da prova biológica.

Com efeito, procura-se sempre a colaboração e o consentimento do visado, *a contrario*, esta colheita não se efectua²¹⁴.

Da análise que agora se realiza sobressai que, como supra indicado, em razão relação com o MP, ainda se efectuam diligências que se situam na penumbra legal.

Dito isto, a PSP deve pautar a sua actuação “por critérios de legalidade e objectividade e, em todo o caso, tendo em conta a sua relação com o juiz e o MP”²¹⁵. Não desprezando que é “o princípio da dignidade da pessoa humana que os OPC's nunca podem perder de vista”²¹⁶.

1.4- APC E A COMPETÊNCIA PARA ORDENAR UMA RECOLHA DE VESTÍGIOS BIOLÓGICOS. PERSPECTIVA HISTÓRICO – COMPARATIVA

Face ao já exposto, importa identificar as experiências internacionais, envolvendo estes contributos no debate que irrompe relativamente à admissibilidade de no futuro os APC's verem as suas competências ampliadas, no sentido de poderem ordenar uma recolha, ainda que coactiva, de vestígios biológicos.

“A Loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues (Loi sur les profils d'ADN)”²¹⁷, de 20 de Junho de 2003, da Suíça, prevê no âmbito do ordenamento jurídico suíço a maté-

²¹⁴ De resto, esta é uma conduta apoiada por GERMANO MARQUES DA SILVA. Vide Entrevista a GERMANO MARQUES DA SILVA, ANEXO B.

²¹⁵ Vide Entrevista a MÁRIO FERREIRA MONTE, ANEXO C.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ Pode consultar este diploma na URL: <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/3/363.fr.pdf>>. (Acedido e consultado a 7 de Abril de 2010)

ria atinente às perícias de ADN, mormente no que respeita às autoridades que têm competência para ordenar a medida de recolha.

Estruturalmente esta Lei Federal apresenta vinte e quatro capítulos repartidos por oito secções. No âmbito do assunto ora em análise a Secção 2 – “Prélèvement des échantillons et analyse de l’ADN”, no seu artigo 7.º – “Autorités qui ordonnent les mesures”, rege que, nos termos o n.º 1, que a polícia, “a autoridade de instrução penal ou o tribunal penal (autoridades que ordenam as medidas) podem ordenar:

- a) a recolha não invasiva de amostras sobre pessoas (artigo 3.º, alínea 1) e a análise dessas amostras para o estabelecimento de um perfil de ADN;
- b) a análise de vestígios e amostras de pessoas mortas para estabelecimento de um perfil de ADN (artigo 4.º)”²¹⁸.

Contudo ressalva-se que quando é a polícia que ordena tal recolha do vestígio com ingerência no corpo, recai sobre a polícia legalmente o dever, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, de informar o visado que tem o direito de contestar aquela decisão junto da autoridade de instrução criminal, só se realizando a recolha se assim o confirmar esta autoridade. Entende-se que uma maior abertura que esta Lei possa revelar em matéria de competência para ordenar a colheita de material biológico, nomeadamente quando habilita a polícia a tal função, é esmorecida pelos n.ºs 2 e 3, mormente quando este último prevê que compete às autoridades judiciais autorizar a recolha nos casos de execução de investigações de grande envergadura e em casos de recolha invasiva de amostras e sua análise para estabelecimento de um perfil de ADN. Atesta-se que o legislador suíço, tendendo à efectiva protecção dos direitos fundamentais, consagrou expressamente nesta Lei que as competências policiais para ordenar a recolha estão estritamente limitadas ao consentimento do visado e à natureza não invasiva da recolha.

Acompanhando BENJAMIM RODRIGUES, na Alemanha “duas foram as reformas mais importantes levadas a cabo com repercussão directa ao nível da StPO. Desta forma cumpre salientar, por um lado, a *Strafverfahrensänderungsgesetz – DNA Analyse* («*Genetischer Fingerabdruck*»), de 22 de Março de 1997; e, por outro lado, a *Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung (DNA-Identitätsfeststellungsgesetz)*, de 7 de Setembro de 1998. A matéria encontra-se, hoje, regulada nos §§ 81a a § 81h da StPO”²¹⁹.

Mencionando, desde já, que o ordenamento jurídico alemão prevê que possam ser recolhidas amostras biológicas, ainda que contra a vontade do visado, uma vez que o mes-

²¹⁸ Tradução nossa.

²¹⁹ Cfr. RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 480.

mo pode ser conduzido, contra a sua vontade e com recurso à força se necessário, ao hospital ou local mais adequado onde se concretiza a colheita da amostra biológica²²⁰.

Posto isto, e tendo em conta que no direito alemão só se admitem como meios de prova aqueles que estiverem expressamente preconizados, o legislador alemão prevê que a decisão de ordenar a recolha sem consentimento deve escorar-se em decisão judiciária, sendo a recolha coactiva ordenada pelo Juiz de Instrução. No entanto, à luz do disposto no §§ 81a) (2) e 81c (5), o MP e os seus auxiliares, designadamente as mais altas patentes da polícia, digamos as APC's, têm a competência excepcional para determinar a recolha de material biológico se assim impuser as exigências de investigação. Não descurando no entanto que a competência para determinar a perícia laboratorial do material recolhido pertence exclusivamente ao juiz.

No Reino Unido, o direito comum da prova «teve um longo curso tranquilo, até à data em que sobrevierem uma série de erros judiciais (*“Six de Birmingham”*) que forçaram a adopção de uma legislação específica em matéria de prova. Neste contexto, em 1984, foi introduzido o *“Police and Criminal Evidence Act”* (PACE), revisto pelo *“Police and Criminal Evidence Act”* (PCEA)²²¹ de 1991, bem como o *“Criminal Justice and Public Order”* (CJPOA) de 1994»²²².

Sinteticamente importa salientar que a recolha de material biológico se encontra na dependência da polícia. De resto, analisando a legislação a que acima se aludiu facilmente se compreende que as competências da polícia no que à recolha concerne são muito abrangentes. Com efeito, não se torna necessário existir qualquer apreciação e autorização judicial para se proceder a colheita de amostras biológicas.

Desta forma, cumpre salientar que, nos termos do Capítulo 33, Parte IV, da Secção 54 – *“Power of police to take intimate body samples”* –, do CJPOA²²³ 1994, um elemento policial com o posto mínimo de *“superintendent”* pode autorizar uma recolha de amostra íntima, que pode abranger uma amostra de sangue, uma impressão dentária ou uma amostra recolhida de um orifício que não a boca²²⁴, se houver motivos para crer que essa amostra confirmará ou infirmará a implicação do visado em determinado ilícito. Ressalva-se que

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ Pode consultar este diploma na URL: <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1991/Ukpga_19910053_en_1.htm>. (Acedido e consultado em 8 de Abril de 2010)

²²² Cfr. RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Op. Cit.*, p. 494.

²²³ Pode consultar este diploma na URL: <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1994/Ukpga_19940033_en_1.htm>. (Acedido e consultado em 8 de Abril de 2010)

²²⁴ CJPOA 1994, Secção 58, n.º 2.

para se concretizar uma colheita de amostra íntima tem também haver consentimento por parte do visado.

Em sentido contrário, a Secção 55 – “Powers of police to take non-intimate body samples” –, do mesmo diploma, complementada pelo “Criminal Justice Act” (CJA) 2003²²⁵, na sua Parte I, Secção 10, consagra que a recolha de amostras não íntimas²²⁶ pode ser concretizada sem o consentimento do visado, bastando para tal haver uma suspeita que a análise dessa amostra o culpará ou inocentará o visado. Bastando para a execução da diligência descrita que a mesma seja autorizada por elemento policial com posto mínimo de “superintendent”.

Analizados vários regimes de outros Estados europeus que regulam a recolha de material biológico, em especial, com ingerência no corpo do visado, depreende-se que estes regimes concentram na polícia competências que no âmbito do ordenamento jurídico português não se proclamam. De resto, as estruturas processuais destes países permitem que os OPC’s detenham no seio das suas competências tarefas que, em Portugal, dificilmente adquirão.

Com efeito, “com a estrutura processual que a nossa Constituição proclama e com o papel funcional de auxiliares que os OPC têm”²²⁷, crê-se que os OPC não têm, nem terão, competência para ordenar uma recolha de vestígio, menos ainda, se esta for levada a cabo sem consentimento.

Na esteira GERMANO MARQUES DA SILVA, “há que evitar a *policização* da investigação criminal reservando às autoridades judiciais a determinação de quaisquer medidas que possam colidir com direitos fundamentais”²²⁸. Não se admitindo, tão pouco, essa competência ao MP. “Pressuposta que seja uma eficaz, célere e profícua relação entre os vários OPC’s actantes e entre estes e as autoridades judiciais, nomeadamente, e para o efeito, o juiz de instrução (na maioria dos casos), há que manter a respectiva competência nas mãos daquela magistratura assim se evitando a cada vez maior tendência de *policialização* da investigação e do inquérito”²²⁹

²²⁵ O diploma pode consultar-se na URL: <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/pdf/ukpga_20030044_en.pdf>. (Acedido e consultado em 12 de Abril de 2010).

²²⁶ O CJPOA na sua Secção 58, n.º 3, prevê como sendo amostras não íntimas: “amostras de cabelo ou pêlo público, uma amostra retirada sobre ou sob a unha, uma amostra retirada de uma qualquer parte do corpo, incluindo a boca mas não outros orifícios e saliva”. Tradução nossa.

²²⁷ Vide Entrevista a MÁRIO FERREIRA MONTE, ANEXO C.

²²⁸ Vide Entrevista a GERMANO MARQUES DA SILVA, ANEXO B.

²²⁹ Vide Entrevista a JOÃO DA COSTA ANDRADE, ANEXO D. De resto, já MANUEL GUEDES VALENTE havia alertado para o perigo da *policialização* da investigação criminal, nomeadamente quando não compreende como uma APC tem competência para ordenar uma perícia, quando em causa está uma limitação de direitos

CONCLUSÃO

Percorrido o regime da recolha de vestígios biológicos, mormente com ingerência no corpo humano, importa apontar algumas das conclusões mais relevantes. Com o intuito sempre primário da concretização dos objectivos inicialmente propostos e, quem sabe, perspectivar, junto de outros, novas investigações.

Os desenvolvimentos tecnológicos e científicos perpetrados no seio da Medicina Molecular Humana permitiram que o professor e geneticista ALEC JEFFREYS desenvolvesse a técnica de determinação do perfil genético, designada de “DNA Fingerprints”. Como resultado, a aplicação deste inovador método de identificação no decurso da investigação criminal, inicialmente muito contestada, originou um importante meio de prova.

Mas, se por um lado, esta cientifização do direito revoluciona o processo penal, e a investigação criminal, em especial, por outro lado, este incremento científico e tecnológico, quando aplicado no direito, exige que se opere uma juridicização da ciência e dos seus instrumentos.

Com efeito, a descoberta da realidade dos factos ou da verdade material, objectivo primeiro da prova, não pode entender-se como finalidade única, dado que essa verdade material nunca poderá concretizar-se a todo o custo, será sempre uma verdade processualmente válida.

Desta forma, as perícias de ADN realizadas em amostras legalmente obtidas nunca poderão lesar ou limitar a dignidade da pessoa humana preceituada nos termos do artigo 1.º da CRP, ainda que se admita a possibilidade de restrição e limitação de determinados direitos fundamentais.

Tendo em conta que a colheita de material biológico não implica, necessariamente, a recolha de sangue, podendo bastar um pêlo ou saliva, a afectação da integridade pessoal é muito ténue ou mesmo inexistente, pelo que não pode ser entendida como causa que justifique a não extracção, salvo raras excepções, como casos em que a saúde do visado possa ver-se prejudicada. Não obstante, a recolha sem consentimento de uma qualquer amostra considerar-se lesiva deste direito numa medida mínima, entende-se que a mesma pode ser efectuada desde que não se concretize com o uso da força, uma vez que a proporcionalidade de tal medida seria de todo injustificável.

fundamentais. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (2004), *Regime Jurídico de Investigação Criminal. Comentado e Anotado*, Coimbra, Livraria Almedina, pp. 75-78.

Ao nível da privacidade, dado o carácter não ilimitado deste direito, o mesmo pode ser restringido em benefício de interesses da própria comunidade, cabendo à autoridade judiciária, que ordena a recolha, analisar a pertinência de tal medida, tendo sempre presente a verificação do princípio da proporcionalidade.

A interpretação do direito ao silêncio ou à não «auto-incriminação» aponta num sentido mais tradicional. À luz desta concepção, nada se opõe à obrigação do indivíduo se sujeitar a ingerências no seu corpo para que lhe sejam colhidas amostras biológicas, uma vez que, não se exige do mesmo qualquer comportamento activo. Afasta-se portanto, uma presunção de culpabilidade, uma vez que a colheita é a base duma perícia cujo resultado é incerto, assim, não serve apenas os interesses acusatórios podendo da mesma forma ser o meio para inocentar uma pessoa.

Entre os pressupostos que validam a recolha de material biológico mediante ingerência corporal distinguem-se: a existência de previsão legal expressa e específica (*lex praevia, scripta, certa et stricta*), como meio de evitar as perscrutações sobre a eficácia de tal meio de prova, não se deixando ao julgador total liberdade de apreciação de eventuais limitações de direitos fundamentais; a necessidade de autorização judicial prévia e fundamentada a autorizar tal medida; e a efectiva e necessária observação do princípio da proporcionalidade *lato sensu* preenchido pelos seus três corolários directos: o princípio da adequação; o princípio da exigibilidade ou da necessidade; e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito ou da razoabilidade.

No que respeita à problemática desta investigação, em que se propôs responder à questão “Constituirá a recolha de vestígios biológicos (ADN) para fins criminais, mediante intervenção corporal, uma obrigação processual – De que forma se concretiza?”, importa evidenciar que, actualmente, à luz do consagrado no ordenamento jurídico português, em caso de recusa activa de se submeter à recolha, não se concretiza qualquer consequência sobre o visado. Pelo que, na verdade, e embora se entenda que existe uma obrigação inerente do indivíduo se submeter à recolha, esta obrigação não se concretiza em nenhum mecanismo legislativo e processual vigente. No entanto, esta insuficiência de previsão legal a aplicar em caso de recusa deve ser colmatada, caso contrário, a aplicação desta prova em processo penal e na investigação criminal, será sempre um instrumento inoperante, dependente sempre da vontade do visado.

Relativamente à PSP, o processo de recolha de vestígios biológicos mediante intervenção corporal é executado pelas EIJJ, concentrada nas UPT. A colheita de material biológico preenche-se por um conjunto de procedimentos e formalismos minuciosos que vi-

sam garantir a custódia da prova biológica. Da análise destes procedimentos interpreta-se que, em razão da relação que os OPC estabelecem com o MP, ainda se efectuam diligências processuais cuja legalidade é algo duvidosa.

Em prol do analisado ao longo da investigação, deve a PSP pautar a sua actuação por critérios de legalidade e objectividade, tendo em todo caso, atenção à relação que mantém com o MP e com o juiz, o que por vez, condiciona a sua actuação. Sendo certo que é o princípio da dignidade da pessoa humana que, a PSP enquanto OPC, não poderá perder de vista.

Em proveito da investigação concretizada e das conclusões apresentadas, confirma-se a primeira hipótese, relativa à admissão da identificação por perfis genéticos enquanto meio de prova, problematiza-se a segunda hipótese, porque embora se entenda que existe uma obrigação inerente do indivíduo se submeter à recolha, esta obrigação não se concretiza com nenhum mecanismo legal. Quanto à terceira hipótese levantada, infirma-se liminarmente, tendo em conta a estrutura processual que a nossa Constituição proclama e o papel funcional de auxiliares que os OPC e APC têm, crê-se que estes não têm, nem terão, competência para ordenar uma recolha de vestígio biológico, menos ainda, se esta for levada a cabo sem consentimento. Havendo que evitar a *policização* da investigação criminal, reservando às autoridades judiciais a determinação de quaisquer medidas que possam colidir com direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Marcelo Shirmer (2008), *A garantia de não auto-incriminação. Extensão e limites*, São Paulo, Brasil, Editora Del Rey.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto (2009), *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora.

ALVES, Eliete Rodrigues (2009), *Direitos Fundamentais. Limitações necessárias: aplicação do exame pericial do DNA para a identificação de pessoas*, Monografia de Pós-Graduação em *Lato Sensu in* Ordem Jurídica e Ministério Público, Brasília, Brasil, Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

AMARO, Mário Gonçalves (1998), “Os direitos fundamentais e o direito dos cidadãos à segurança”, *Direitos Humanos e Eficácia Policial – Sistemas de Controlo da actividade policial*, Seminário Internacional Lisboa, IGAI, pp. 171-203.

ANDRADE, Manuel da Costa (1992), *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora.

————, Manuel da Costa (1999), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, artigos 131.º a 201.º*, Coimbra, Coimbra Editora.

ARCHER, Luís (2001), “O Genoma Humano”, *Bioética – Questões em debate*, Braga, Publicações da Faculdade de Filosofia da Universidade Católica Portuguesa, pp. 69-84.

BARROS, Marco António e **PISCINO** Marcos Pereira, “DNA e a sua utilização como prova no processo penal” in URL: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/_FDir/Artigos_2008/Marco_Antonio_de_Barros_2.pdf>. (Acedido a 23 de Março de 2010)

BONINA, Luís (2007), “ Colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético. Constitucionalidade. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007”, *Revista do Ministério Público*, Ano 28, 110, pp. 161-206.

BRAZ, José (2009), *Investigação Criminal. A Organização, o Método e a Prova. Os Desafios da Nova Criminalidade*, Coimbra, Almedina.

CANOTILHO, Gomes, **MOREIRA** Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora.

CASABONA, Romeo (1999), “Utilización de las identificaciones del ADN en la Administración de Justicia”, *La prueba del ADN en Medicina Forense. La Genética al servicio de la Ley en el análisis de indicios criminales y en la investigación de la paternidad*, Barcelona, Espanha, Masson S. A., pp. 3-16.

CASAS, Jesús Villalpando (2005), “Procreación asistida, inseminación artificial e manipulación genética”, *Temas de derecho penal, seguridad pública y criminalística. Cuartas jornadas sobre justicia penal*, México, Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México, pp. 17-28.

COSTA, Faria (1997), “Um olhar cruzado entre a Constituição e o Processo Penal”, *A Justiça dos Dois Lados do Atlântico II*, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento.

COSTA, Susana (2001), “Justiça em Laboratório”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 60, pp. 171-190.

DALTON, Gustavo de Carvalho, *et Alae* (2002), “Análise forense de DNA”, *Perícia Federal*, 13, pp. 9-13.

DANCHI, Antoine (2000), *A Decifração Genética – O que o Texto dos Genomas Revela*, Lisboa, Instituto Piaget.

DIAS, Jorge de Figueiredo (1981), *Direito Processual Penal*, 1º volume, Coimbra, Coimbra Editora.

DIAS, Maria do Carmo de Menezes da Silva (2005), “Particularidades da Prova em Processo Penal. Algumas Questões ligadas à Prova Pericial”, *Revista do CEJ*, 3, pp. 169-225.

DIAS, Tereza Lima (2001), *Manual de procedimentos para a recolha de vestígios biológicos no local do crime*, Lisboa, Departamento Central de Informação Criminal e Polícia Técnica – Sector de Identificação Judiciária.

FARIA, Miguel (2001), *Direitos Fundamentais e Direitos do Homem*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de (1986), *Curso de Processo Penal*, 1º volume, Lisboa, Editora Danúbio.

FIDALGO, Sónia (2006), “Determinação do Perfil Genético como Meio de Prova em Processo Penal”, *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, Ano 16, 1, pp. 115-148.

FIORI, Ariane Trevisan (2007), “Os direitos fundamentais e a intervenção corporal: a necessária releitura constitucional como forma de efectivação dos direitos fundamentais” in URL: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/hermenêutica_ariane_trevisan_fiori.pdf>. (Acedido em 17 de Março de 2010)

GASPAR, António (2005), “Os novos desafios do processo penal no século XXI e os direitos fundamentais (um difícil equilíbrio)”, *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, Ano 15, 2, pp. 257-274.

GONÇALVES, Maia (2002), *Código de Processo Penal Anotado*, 13.^a ed., Coimbra, Almedina.

GOSSEL, Karl-Heinz (1992), “As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha”, *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, Ano 2, 3, pp. 397-441.

JACQUES, Guilherme Silveira (2007) e **MINERVINO** Aline Costa, “Aspectos éticos e legais dos Bancos de Dados de Perfis Genéticos”, *Perícia Federal*, p. 17-20.

MALHADO, Maria do Céu (2001), *Noções de Registo Criminal, De Registo de Contumazes, de Registo de Medidas Tutelares Educativas e Legislação Anotada*, Coimbra, Livraria Almedina.

MARTÍN, M. I. Huertas (1999), *El Sujeto Pasivo del Proceso Penal como Objeto de la Prueba*, Barcelona, J. M. Bosch Editor.

MARTINS, Daniel (2004), *A Identificação Criminal por Perfis Genéticos de ADN*, Dissertação de Licenciatura em Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

MASSANEIRO, Rui (2009), *Gestão do Local do Crime: Perspectiva e Abordagem do Primeiro Elemento Policial*, Dissertação de Licenciatura em Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna

MATOS, Inês Lobinho (2008), “A dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo, Editora Quartier Latin do Brasil, pp. 81-101.

MAXIMIANO, António Rodrigues (2009), “O controlo da actividade policial”, *Direitos Humanos e Eficácia Policial – Sistemas de Controlo de Actividade Policial*, IGAI, Seminário Internacional de Lisboa, pp. 361-366.

MIRANDA, Jorge (2006), *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Estoril, Príncipe Editora.

————, Jorge (2008), “A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais”, *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo, Editora Quartier Latin do Brasil, pp. 167-176.

MONIZ, Helena (2002), “Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais”, *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, 2, pp. 237-264.

MONTE, Mário Ferreira (2006), “O resultado da análise de saliva colhida através de zangaratoa bucal é prova proibida? Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Setembro de 2006”, *Revista do Ministério Público*, Ano 27, 108, pp. 239-262.

OLIVEIRA, Francisco da Costa (2008), *A Defesa e a Investigação do Crime. Guia Prático para a análise da Investigação Judiciária e para a Investigação pelos Recursos da Defesa Criminal*, Coimbra, Almedina.

OSVALDO, Ugarte (2005), *La identificación de criminales a través del ADN*, Tesis de Investigación Jurídica, Santiago do Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile - Facultad de Derecho.

PALMA, Fernanda (2009), “Sentir o direito. O direito à não auto incriminação”, *Boletim Informativo*, pp.1-2.

PIMENTEL, Eduardo de Souza (2008), “O princípio da dignidade da pessoa humana no processo penal”, *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo, Editora Quartier Latin do Brasil, pp. 637-659.

PINHEIRO, M. Fátima (1998), “Contribuição do estudo do DNA na resolução de casos criminais”, *Revista do Ministério Público*, Ano 19, 74, pp. 145-153.

————, M. Fátima (2004), “Aplicação do estudo do DNA em Criminalística”, *Polícia e Justiça*, 3, pp. 157-193.

————, M. Fátima (2008), *CSI Criminal, A perícia em Genética e Biologia Forense-Criminalística Biológica.*, Porto, Edições Universidade Fernando Pessoa.

————, M. Fátima (2009), “Identificação genética: passado, presente e futuro”, *Revista do Ministério Público*, Ano 30, 118, pp.157-196.

PRAGANA, Carlos (2009), *Bases de dados Genéticos com Fins Criminais: A Perspectiva e Contribuições da PSP*, Dissertação de Licenciatura em Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

REIS, Rafael Luís (2008), *O Direito ao conhecimentos das origens genéticas*, Coimbra, Coimbra Editora.

RODRIGUES, Benjamim Silva (2008), *Da Prova Penal. A Prova Científica: Exames, Análise ou Perícias de ADN? Controlo de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas*, Coimbra, Coimbra Editora.

RODRÍGUEZ, Laura Zuñiga (2006), “Instrumentos Jurídicos para prevenir a Tortura e os Tratos Desumanos e Degradantes”, *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, Ano 16, 2, pp. 239-281.

ROLAND, Paul (2006), *Cenas de Crime. Descobrir a Ciência por Detrás das Provas*, Lisboa, Publicações Dom Quixote.

SANTOS, Nuno Pica dos (2008), “Evolução e perspectivas de futuro da Investigação Criminal na PSP (Reflexões)”, in *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Artur Anselmo*, Edições Almedina, Coimbra.

SANTOS, Sima (1999), **HENRIQUES**, Leal (1999), *Código de Processo Penal Anotado*, Vol.I, 2ª ed., Lisboa, Rei dos Livros.

SILVA, Germano Marques da (2002), *Curso de Processo Penal II*, Lisboa/São Paulo, Editorial Verbo.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (2004), *Dos Órgãos de Polícia Criminal – Natureza – Intervenção – Cooperação*, Coimbra, Almedina.

-----, Manuel Monteiro Guedes (2004), *Regime Jurídico de Investigação Criminal. Comentado e Anotado*, Coimbra, Almedina.

-----, Manuel Monteiro Guedes (2005), *Teoria Geral do Direito Policial Tomo I*, Coimbra, Almedina.

————, Manuel Monteiro Guedes (2009), *Processo Penal Tomo I*, Coimbra, Almedina.

VERDELHO, Pedro (2007), “Técnica do novo C.P.P.: Exames, perícias e a prova digital”,
in URL: <http://www.cej.mj.pt/cej/forma-continua/fich-pdf/formacao200708/jornadas_penal_textos/provatecnicacoimbra2007pv.pdf>. (Acedido a 01 de Março de 2010)

LEGISLAÇÃO NACIONAL

- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA
- CÓDIGO PENAL
- CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
- CÓDIGO CIVIL
- LEI N.º 21/2000, DE 10 DE AGOSTO
- LEI N.º 49/2008, DE 27 DE AGOSTO.
- LEI N.º 5/2008, DE 12 DE ABRIL
- DECRETO-LEI N.º 81/95, DE 22 DE ABRIL
- DECRETO-LEI N.º 45/2004, DE 19 DE AGOSTO

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

- *LOI FÉDÉRALE SUR L'UTILISATION DE PROFILS D'ADN DANS LES PROCÉDURES PÉNALES ET SUR L'IDENTIFICATION DE PERSONNES INCONNUES OU DISPARUES (LOI SUR LES PROFILS D'ADN)*, DE 20 DE JUNHO DE 2003
- *StPO – STRAFPROZEBORDNUNG*, DE 19 DE AGOSTO DE 1950
- *PACE – POLICE AND CRIMINAL EVIDENCE ACT*, DE 1984
- *CJA – CRIMINAL JUSTICE ACT*, DE 2003
- *CJPOA – CRIMINAL JUSTICE AND PUBLIC ORDER ACT*, DE 1994

NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO COMUNITÁRIO

- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM
- CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM
- CONVENÇÃO CONTRA TORTURA E OUTRAS PENAS OU TRATAMENTOS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

- CONVENÇÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS DO HOMEM
- CARTA AFRICANA DOS DIREITOS DO HOMEM E DOS POVOS
- PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS
- CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

OUTROS DOCUMENTOS

- RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO DA EUROPA, ADOPTADA PELO CONSELHO DE MINISTROS, EM FEVEREIRO DE 1992
- RESOLUÇÃO DO CONSELHO DE MINISTROS DE JUNHO DE 1997
- RESOLUÇÃO DO CONSELHO DE MINISTROS DE JUNHO DE 2001

NORMAS INTERNAS DA PSP

- DESPACHO N.º 20/GDN/2009
- DIRECTIVA N.º 3/2007
- NORMA DE EXECUÇÃO PERMANENTE DEPIPOL N.º 1719/2003, DE 04 DE AGOSTO
- NORMA DE EXECUÇÃO PERMANENTE N.º OPSEG/DEPIPOL/02/03, DE 17 DE AGOSTO

PARECERES

- PARECER DO CONSELHO CONSULTIVO DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, N.º 121/80, DE 23 DE JULHO DE 1981
- PARECER 18/2007 DA COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS

DOCUMENTAÇÃO

ANEXA

ANEXO A – Dados relativos às recolhas biológicas e lofoscópicas
efectuadas durante o ano de 2009 pela PSP

**INTERVENÇÕES CORPORAIS NA RECOLHA DE VESTÍGIOS BIOLÓGICOS (ADN) PARA FINS
CRIMINAIS**

- A ACÇÃO DA PSP -

	S/ recolha	C/ recolha		Total
		Lofoscópico	Biológico	
Açores	1.064	385	68	1.517
Aveiro	687	197	14	898
Beja	119	32	4	155
Braga	1.368	442	19	1.829
Bragança	85	71	0	156
C. Branco	117	41	4	162
Coimbra	1.615	328	56	1.999
Évora	209	126	8	343
Faro	1.027	403	11	1.441
Guarda	249	16	4	269
Leiria	690	302	37	1.029
Lisboa	4.198	2.082	196	6.476
Madeira	656	236	8	900
Porto	5.106	1.275	28	6.409
Portalegre	52	40	2	94
Santarém	352	183	9	544
Setúbal	1.643	376	65	2.084
V. Castelo	214	70	4	288
Vila Real	149	33	1	183
Viseu	239	40	7	286
Totais	19.839	6.678	545	27.062

ANEXO B – Entrevista ao Exmo. Sr. Professor Doutor
GERMANO MARQUES DA SILVA (em 24 de Março)

INTERVENÇÕES CORPORAIS NA RECOLHA DE VESTÍGIOS
BIOLÓGICOS (ADN) PARA FINS CRIMINAIS

- A Acção da PSP -

Nome: GERMANO MARQUES DA SILVA

Profissão: PROFESSOR UNIVERSITÁRIO

Pergunta 1.

Na sua opinião, a colheita de vestígios biológicos e posterior análise constitui um exame ou uma perícia?

R: A colheita EM SI MESMA NÃO É NEM EXAME NEM PERÍCIA. Na arrumação legal deve considerar-se componente do exame. A perícia é já uma apreciação do material probatório efectuada por pessoas especialmente qualificadas.

Pergunta 2.

A recolha de material biológico restringe direitos fundamentais pessoais. Na sua opinião, que direitos fundamentais são mais afectados e qual o âmbito admissível da restrição dos mesmos.

R: Nem sempre a recolha de material biológico restringe direitos fundamentais. Só os restringe quando se verifica uma invasão física ou o acto for susceptível de ofender a reserva da intimidade. As medidas invasivas só são permitidas com o consentimento do visado.

Pergunta 3.

Que pressupostos básicos regulam (ou deviam regular) a execução de medidas de recolha de vestígios biológicos?

R: A recolha com invasão física deve ser consentida pelo visado. Sem invasão física mas com invasão da privacidade deve ser acautelada nos termos do nº 3 do art. 172º do CPP.

Pergunta 4.

Admite-se a existência de obrigatoriedade processual de um indivíduo se submeter à recolha de material biológico? Em caso de recusa, que consequências jurídicas recaem sobre o visado com a diligência?

R: Como regra, a recolha de material biológico com invasão física só deve ser admitida com o consentimento do visado. Se a recusa for legal, como entendo dever ser, não podem recair sobre o visado quaisquer consequências.

Pergunta 5.

À luz da legislação actual, mormente do nosso processo penal, poder-se-á, de alguma forma, admitir a recolha coactiva destes vestígios?

R: Em minha opinião não pode se a recolha implicar invasão física. É livre quando não se verificar a invasão.

Pergunta 6.

Qual deve ser a postura a adoptar pela PSP na recolha de vestígios biológicos (ADN) para fins criminais?

R: Muito simples. No caso de serem necessárias medidas invasivas, deve procurar obter o consentimento do visado.

Pergunta 7.

Admite a possibilidade, em harmonia com outros países (Reino Unido), de que no futuro uma Autoridade de Polícia Criminal tenha competência para ordenar uma recolha coactiva de vestígios biológicos?

R: Não; simplesmente não. Há que evitar a policização da investigação criminal reservando às autoridades judiciais a determinação de quaisquer medidas que possam colidir com direitos fundamentais.

ANEXO C – Entrevista ao Exmo. Sr. Professor Doutor
MÁRIO FERREIRA MONTE (em 12 de Abril)

INTERVENÇÕES CORPORAIS NA RECOLHA DE VESTÍGIOS BIOLÓGICOS (ADN) PARA FINS CRIMINAIS

- A Acção da PSP -

Nome: MÁRIO FERREIRA MONTE

Profissão: DOCENTE UNIVERSITÁRIO

Pergunta 1.

Na sua opinião, a colheita de vestígios biológicos e posterior análise constitui um exame ou uma perícia?

R: Não tenho uma posição formada nem tenho, neste momento, possibilidades de fazer um estado aprofundado sobre o assunto. Porém, numa análise apressada, diria que depende do que está em causa: se se trata do momento de obtenção de prova, creio que falamos de um exame; mas se se trata da prova em si, podemos estar a falar de uma perícia. Para tanto, basta atentar nos artigos 151 e ss. e 171 e ss. do CPP. Quando o que está em causa é a obtenção da prova, através da recolha de vestígios ou de material biológico, no local onde foi praticado o crime ou na pessoa suspeita, creio que podemos estar a falar de exame. Mas se do que se trata é o resultado dessa recolha, como meio de prova, sujeito a análise crítica por um especialista ou um laboratório, estamos a falar do próprio meio de prova, isto é, da perícia.

Pergunta 2.

A recolha de material biológico restringe direitos fundamentais pessoais. Na sua opinião, que direitos fundamentais são mais afectados e qual o âmbito admissível da restrição dos mesmos.

R: Creio que são afectados, entre outros, o direito à integridade física, o direito à privacidade da pessoa e dos seus dados pessoais. Obviamente que a sua restrição só pode ser admitida quando se trata de investigação criminal, se revele indispensável para a descoberta da verdade material e constitua um meio idóneo e insubstituível para o efeito. Na minha opinião, porque se trata de meio que atenta contra direitos fundamentais, deveria ficar sempre sujeito a decisão do juiz e deveria ter como limite qualquer uso de força ou violên-

cia física ou psicológica. Neste caso, não me parece racionalmente sustentável o uso de força por via do artigo 172º. A alternativa seria remeter a falta de colaboração do arguido ou do suspeito para o crime de desobediência, mas nunca levando ao uso da força, a tal ponto que a prova viesse a ser obtida por meio que se pudesse considerado inadmissível nos termos do artigo 126º.

Pergunta 3.

Que pressupostos básicos regulam (ou deviam regular) a execução de medidas de recolha de vestígios biológicos?

R: De certo modo a resposta está dada na alínea anterior: tratar-se de investigação criminal, revelar-se indispensável para a descoberta da verdade material, constituir um meio idóneo e insubstituível para o efeito; não implicar a utilização de meios proibidos como a tortura ou a coação ou, em geral, a ofensa da integridade física ou moral das pessoas.

Pergunta 4.

Admite-se a existência de obrigatoriedade processual de um indivíduo se submeter à recolha de material biológico? Em caso de recusa, que consequências jurídicas recaem sobre o visado com a diligência?

R: Contrariamente ao que se tem entendido após a revisão de 2007 do CPP, no sentido de que, desde que autorizado e “compelido” pelo juiz, o arguido ou o suspeito devem ser obrigados a submeter-se à recolha do material biológico, considero que isso assim não deve ou, pelo menos, não deveria suceder. Creio que a utilização de meios proibidos de prova, entre os quais os que consistem na utilização de tortura ou coação e, em geral, a ofensa à da integridade física ou moral das pessoas, não devem proceder. Bem sei que em causa está a necessidade de garantir o sucesso da investigação criminal, a descoberta da verdade material e, afinal, a realização da justiça. Mas a realização da justiça também pressupõe o respeito pelos direitos fundamentais, em vista do respeito pela dignidade da pessoa humana. Pois, se a pessoa não permite e para se recolher tem de se utilizar a força, crê-se que haverá um conflito de interesses e que dificilmente se justificará a prevalência da recolha. Não tenho isso por indiscutível, embora me pareça que a partir de 2007 e de certa jurisprudência do TC a corrente vá por aí.

Pergunta 5.

À luz da legislação actual, mormente do nosso processo penal, poder-se-á, de alguma forma, admitir a recolha coactiva destes vestígios?

R: Há quem diga que sim, invocando o artigo 172º do CPP, com as reservas que já deixei claras, na resposta anterior.

Pergunta 6.

Qual deve ser a postura a adoptar pela PSP na recolha de vestígios biológicos (ADN) para fins criminais?

R: A de respeitar a Constituição, o CPP, pautando-se por critérios de legalidade e objectividade e, em todo o caso, tendo em conta a sua relação com o juiz e o MP, obedecendo às ordens dadas por estes sujeitos. Mas, tratando-se de forçar os arguidos, através da utilização de meios proibidos, com a possibilidade de o não fazerem. Dito isto, é o princípio da dignidade da pessoa humana que os OPC nunca podem perder de vista.

Pergunta 7.

Admite a possibilidade, em harmonia com outros países (Reino Unido), de que no futuro uma Autoridade de Polícia Criminal tenha competência para ordenar uma recolha coactiva de vestígios biológicos?

R: Com a estrutura processual que a nossa Constituição proclama e com o papel funcional de auxiliares que os OPC têm, creio que não. Outra seria a resposta se estivéssemos a falar de uma estrutura como a que existe no Reino Unido. Mas, nesse caso, o papel do OPC não é exactamente o mesmo que temos em Portugal.

ANEXO D – Entrevista ao Exmo. Sr. Mestre

JOÃO DA COSTA ANDRADE (em 18 de Abril)

INTERVENÇÕES CORPORAIS NA RECOLHA DE VESTÍGIOS
BIOLÓGICOS (ADN) PARA FINS CRIMINAIS

- A Acção da PSP -

Nome: JOÃO DA COSTA ANDRADE

Profissão: ADVOGADO; DOCENTE

Pergunta 1.

Na sua opinião, a colheita de vestígios biológicos e posterior análise constitui um exame ou uma perícia?

R: Apesar do disposto no n.º4 do artigo 13.º da Lei 5/2008, que contextualiza as duas realidades à luz das perícias, parece-me claramente que a colheita de vestígios deve ser tida como um exame e que a posterior análise e comparação que venham a ser feitas deverão considerar-se perícias.

Pergunta 2.

A recolha de material biológico restringe direitos fundamentais pessoais. Na sua opinião, que direitos fundamentais são mais afectados e qual o âmbito admissível da restrição dos mesmos.

R: Essencialmente, e com especial premência para o problema em causa, os direitos visados são a reserva da vida privada e o direito à autodeterminação e autogestão informativa. O âmbito admissível da sua restrição aponta sempre para o mesmo caminho: concordância prática. A qual, a meu ver, revela-se sempre em 2 planos: o da *law in books* e o da *law in action*. Mais do que mera formulação programática, este princípio tem de ser assumido “no terreno”. O que quer significar que, no momento da feitura da lei existe já necessariamente uma ponderação do princípio, à luz de princípios chave como proporcionalidade, adequação, necessidade, subsidiariedade (18.º CRP). Todavia, a irradiação do princípio não fica por aqui: sempre que uma qualquer norma é aplicada *in casu*, ou os seus comandos são postos em prática, é necessário ajuizar se tal aplicação respeita aquele primeiro plano ou se, extravasando-o, o faz de forma ainda legítima/legal/constitucional. Por isso, e perdoe-se-nos a abrangência da resposta, a restrição admissível de tais direitos fundamentais é a

que pondera proporcionalmente os dois vectores sempre em conflito: direito e interesse do Estado em perseguir e punir o crime e seus agentes, de um lado, direito do cidadão/suspeito/arguido a um *fair process* com respeito pelos seus DLG e, principalmente, pela dignidade pessoal, do outro.

Pergunta 3.

Que pressupostos básicos regulam (ou deviam regular) a execução de medidas de recolha de vestígios biológicos?

R: Considerando-se a recolha de vestígios biológicos verdadeiro exame, então há que conjugar o disposto na Lei 5/2008, nomeadamente o disposto nos artigos 8.º/1, 9.º a 12.º, mas também, por analogia, o disposto nos artigos 175.º e 176.º do CPP.

Pergunta 4.

Admite-se a existência de obrigatoriedade processual de um indivíduo se submeter à recolha de material biológico? Em caso de recusa, que consequências jurídicas recaem sobre o visado com a diligência?

R: Conjugando o disposto nos artigos 4.º/1 e 3, 8.º/1 da Lei 5/2008, com o disposto nos artigos 154.º/2 e 156.º/5 e 6 do CPP, conclui-se pela necessidade de autorização do juiz não existindo consentimento do visado. Feita a cominação prevista no artigo 384.º do CP e não sendo o visado colaborante então, além de crime de desobediência há também possibilidade de o mesmo ser compelido àquela realização.

Pergunta 5.

À luz da legislação actual, mormente do nosso processo penal, poder-se-á, de alguma forma, admitir a recolha coactiva destes vestígios?

R: Sim, claro, nos termos respondidos na pergunta anterior.

Pergunta 6.

Qual deve ser a postura a adoptar pela PSP na recolha de vestígios biológicos (ADN) para fins criminais?

R: Considerando-se a realização da recolha no local do crime poderão ser adoptadas as medidas cautelares previstas no artigo 171 do CPP.

Pergunta 7.

Admite a possibilidade, em harmonia com outros países (Reino Unido), de que no futuro uma Autoridade de Polícia Criminal tenha competência para ordenar uma recolha coactiva de vestígios biológicos?

R: Categoricamente não. Pressuposta que seja uma eficaz, célere e profícua relação entre os vários OPC's actuates e entre estes e as autoridades judiciais, nomeadamente, e para o efeito, o juiz de instrução (na maioria dos casos), há que manter a respectiva competência nas mãos daquela magistratura assim se evitando a cada vez maior tendência de policialização da investigação e do inquérito.

ANEXO E – Entrevista ao Exmo. Sr. Procurador-Adjunto

JOSÉ RAMOS (em 25 de Março)

INTERVENÇÕES CORPORAIS NA RECOLHA DE VESTÍGIOS
BIOLÓGICOS (ADN) PARA FINS CRIMINAIS

- A Acção da PSP -

Nome: JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO RAMOS

Profissão: MAGISTRADO DO MINISTÉRIO PÚBLICO (PROCURADOR-
ADJUNTO)

Pergunta 1.

Na sua opinião, a colheita de vestígios biológicos e posterior análise constitui um exame ou uma perícia?

R: Uma perícia na medida em que exige especiais conhecimentos de natureza científica, sendo que o exame se resume a uma mera observação externa de um objecto ou de uma pessoa para relatar o que de presenciou sem necessidade desse especial conhecimento.

Pergunta 2.

A recolha de material biológico restringe direitos fundamentais pessoais. Na sua opinião, que direitos fundamentais são mais afectados e qual o âmbito admissível da restrição dos mesmos.

R: Tal recolha será realizada por zaragatoa bucal razão pela qual considero que, se realizada em local adequado, estará apenas em causa o direito à integridade física, aqui entendida no seu sentido mais amplo.

A admissibilidade da lesão de direitos fundamentais é gradualmente mais admissível na mesma e inversa proporção ao nível de intensidade da lesão e à necessidade de tutela – por via dessa mesma lesão – de outros direitos da mesma natureza. Assim, tal lesão é de tal forma diminuta (falamos em introduzir, dois ou três centímetros, um pequeno objecto na boca de uma pessoa para tocar numa das paredes e recolher uma amostra de saliva) que a sua admissibilidade terá de ser elevada. Ela, na minha óptica será sempre admissível no caso da investigação criminal não se poder desenvolver sem a sua realização.

Pergunta 3.

Que pressupostos básicos regulam (ou deviam regular) a execução de medidas de recolha de vestígios biológicos?

R: Pressupostos de natureza material: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade.
Pressupostos de natureza formal: o requerimento do Ministério Público e a decisão do juiz de instrução criminal (no caso de recusa) e (sempre) as adequadas e exigíveis condições de higiene e de protecção da privacidade do visado.

Pergunta 4.

Admite-se a existência de obrigatoriedade processual de um indivíduo se submeter à recolha de material biológico? Em caso de recusa, que consequências jurídicas recaem sobre o visado com a diligência?

R: Sim. Desde que ordenado pelo juiz de instrução criminal ou de julgamento (nesta fase). A possibilidade de recurso à força por parte das entidades policiais, de molde a efectuar a recolha ainda que contra a vontade do visado.

Pergunta 5.

À luz da legislação actual, mormente do nosso processo penal, poder-se-á, de alguma forma, admitir a recolha coactiva destes vestígios?

R: Sim, em conformidade com o disposto no art.º154.º n.º2, 172.º n.º1 – por igualdade de razão – do Código de Processo Penal e arts.º1.º n.º1, 8.º ns.º1 e 6 e 34.º n.º2 da Lei 5/2008 de 12 de Fevereiro.

Pergunta 6.

Qual deve ser a postura a adoptar pela PSP na recolha de vestígios biológicos (ADN) para fins criminais?

R: Solicitar a colaboração do visado e caso a obtenha proceder à sua recolha, caso contrário solicitar ao Ministério Público que requeira ao juiz de instrução criminal a respectiva ordem. Em qualquer caso a recolha deverá ser realizada em condições de higiene e de salvaguarda da dignidade e privacidade do visado.

Pergunta 7.

Admite a possibilidade, em harmonia com outros países (Reino Unido), de que no futuro uma Autoridade de Polícia Criminal tenha competência para ordenar uma recolha coactiva de vestígios biológicos?

R: Já a tem desde que o visado consinta na recolha, em caso contrário não admito tal possibilidade legal, porque estando em causa a lesão de direitos fundamentais e a existência de um conflito, a decisão terá de ser jurisdicional e como tal provir de juiz, nem sequer admito tal possibilidade ao Ministério Público.

ANEXO F – Entrevista à Exma. Sra. Subcomissário

ANGELINA RIBEIRO (em 19 de Abril)

INTERVENÇÕES CORPORAIS NA RECOLHA DE VESTÍGIOS
BIOLÓGICOS (ADN) PARA FINS CRIMINAIS

- A Acção da PSP -

Nome: ANGELINA RIBEIRO

Profissão: SUBCOMISSÁRIO DA PSP; RESPONSÁVEL PELAS EIIJ NO COMETLIS

Pergunta 1.

Na sua opinião, a colheita de vestígios biológicos e posterior análise constitui um exame ou uma perícia?

R: A colheita de vestígios biológicos constitui numa primeira análise um exame, porque pode ser realizado por qualquer pessoa, sem especiais exigências de preparação ou conhecimento, a perícia pelo contrário, terá de ser levada a cabo por pessoa com especiais conhecimentos técnicos, artísticos ou científicos. Por isso a perícia fica a cargo dos peritos, especialmente designados para cada caso, com formalismo específico. Por outro lado, enquanto meio de obtenção de prova, os exames são livremente valorados, por força dos princípios gerais, enquanto as perícias são expressamente subtraídas à livre convicção do julgador.

Pergunta 2.

A recolha de material biológico restringe direitos fundamentais pessoais. Na sua opinião, que direitos fundamentais são mais afectados e qual o âmbito admissível da restrição dos mesmos.

R: A recolha de material biológico em caso algum restringe os direitos fundamentais pessoais, a Lei nº 5/2008 de 12 de Fevereiro é clara na defesa dos direitos fundamentais.

Pergunta 3.

Que pressupostos básicos regulam (ou deviam regular) a execução de medidas de recolha de vestígios biológicos?

R. A recolha da prova é regulada através do Código Processo Penal e da Lei nº 5/2008 de 12 de Fevereiro.

Pergunta 4.

Admite-se a existência de obrigatoriedade processual de um indivíduo se submeter à recolha de material biológico? Em caso de recusa, que consequências jurídicas recaem sobre o visado com a diligência?

R: O artigo 172º, nº 1, e 173º nº 1 do Código Processo Penal é claro na resposta a esta questão. A consequência jurídica poderá vir a ser o cometimento de um crime de desobediência... mas esta análise é efectuada pela Autoridade Judiciária.

Pergunta 5.

À luz da legislação actual, mormente do nosso processo penal, poder-se-á, de alguma forma, admitir a recolha coactiva destes vestígios?

R: Em minha opinião a recolha de qualquer vestígio de forma coactiva é proibida. O CPP refere essa proibição no seu artigo 126º, nº 1... é bem claro.

Pergunta 6.

Qual deve ser a postura a adoptar pela PSP na recolha de vestígios biológicos (ADN) para fins criminais?

R: A PSP é uma instituição que cumpre as Leis e a sua postura é baseada no cumprimento cabal das mesmas.

Pergunta 7.

Admite a possibilidade, em harmonia com outros países (Reino Unido), de que no futuro uma Autoridade de Polícia Criminal tenha competência para ordenar uma recolha coactiva de vestígios biológicos?

R: Cabe ao Poder Político efectuar as mudanças que venha a achar necessárias nas Leis nacionais.

Pergunta 8.

Quais são as preocupações mais relevantes que se têm quando se efectua uma recolha de vestígios biológicos?

R: As principais preocupações que se têm de ter aquando da recolha de um vestígio biológico são:

1ª Não o contaminar.

2ª Não ser contaminado pelo vestígio.

Pergunta 9. Legalmente poderão os elementos das EEIJ, responsáveis pela recolha de vestígios biológicos no seio da PSP, ser denominados como peritos?

R: Os elementos da EEIJ estão formados e acreditados juntos do LPC e INML para efectuarem as recolhas dos vestígios em causa.

Pergunta 10. A nível nacional, é visível o auxílio da ciência ou de métodos científicos, em especial a análise de vestígios biológicos, na prossecução da investigação criminal (PSP)?

R: A pedra basilar da investigação criminal é a prova que é carregada para o inquérito. Quer o LPC, quer o INML têm tecnologia de ponta para efectuarem a análise dos vestígios biológicos e funcionários devidamente formados para esse fim. O ordenamento jurídico Português criou novas ferramentas para a protecção dos direitos fundamentais e criou formalismos específicos, a exemplo a Lei nº 5/2008 de 12 de Fevereiro.

Pergunta 11. Quais são os factores que condicionam a recolha de vestígios biológicos no âmbito da actividade desenvolvida pela PSP?

R: - O material tem de ser sempre estéril o que implica custos elevados. A exemplo um estudo ao ADN (complexidade normal) orça em €406 a €612... uma codificação genética por amostra orça em €714....

– A má gestão inviabiliza a recolha e a inspecção deveria ser considerada NEGATIVA e jamais se proceder à recolha de qualquer vestígio.

– Tendo em conta os custos de cada exame, gestão dos meios materiais e humanos, bem como a própria lei nº 5/2008 há que pensar em não banalizar a o pedido de inspecções, mas

sim formar bons OPC's e acima de tudo pensar em criar e implementar uma gestão do local de crime eficaz.

Pergunta 12. Quais são os procedimentos adoptados pelas EIIJ na recolha de material biológico, em especial, com ingerência no corpo humano?

R: Procedimentos:

- Os consignados na Deliberação de 15 de Julho de 2008, agregada ao artigo 39º da Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro.
- Neste ponto ainda a Autoridade Judiciária não se entendeu... actualmente a recolha é ilegalmente (em meu entender) ordenada pelo M. Público, carecendo sempre do consentimento do arguido, artº 172º do CPP.
- A recolha é sempre efectuada por uma equipa (2 elementos) e por norma é acompanhada por um advogado.
- Esta EIIJ sempre efectuou as recolhas com consentimento, mesmo quando vigoravam os procedimentos agregados à Lei 45/2004, ver artigo 6º, nº 1.
- Com o visado é sempre mantido um diálogo aberto a fim de não ser beliscado qualquer direito que a C.R. lhe reconhece, ao arguido é sempre dada a informação prevista no artigo 9º da Lei nº 5/2008 de 12 de Fevereiro,
- A fundamentação é obrigatoriamente da competência da Autoridade Judiciária.
- Todo o equipamento está estéril e o elemento policial está protegido com máscara, luvas e fato.

Método:

- 1 – Requisição do OPC tendo agregado o despacho da Autoridade Judiciária,
- 2 – Informação acerca do registo da amostra problema e em que laboratório se encontra,
- 3 – Informação prevista no artigo 9º da Lei nº 5/2008 de 12 de Fevereiro,
- 4 – Preenchimento dos formulários agregados, consoante o caso em apreço, à Deliberação de 15 de Julho de 2008, agregada ao artigo 39º da Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro,
 - Anexo II-D,
 - Anexo III,
 - Fotocópia do B.I. ou outro documento (artº 250 do CPP),
 - Recolha da impressão digital do dedo indicador direito,
- 5 – Etiquetagem do envelope que irá acondicionar a amostra referencia,
- 6 – Selagem do envelope contendo a amostra referencia,

7 – Elaboração dos relatórios e ofícios para o laboratório e consequente informação à Autoridade Judiciária.

8 – Entrega dos artigos no laboratório com o preenchimento da custódia da prova.

– Em caso de recusa não é realizada a diligência – Informa-se a Autoridade Judiciária que tomará a decisão apropriada para o efeito.

– A recolha de uma prova através da utilização da força/coerção é ilegal face a luz da C.R. e C.PP... basta ler o Anexo III...

– As amostras referência são enviadas para o laboratório que recebeu a amostra problema (LPC/INML/Ricardo Jorge)

– Se o for processo de réu preso 90 dias, em relação aos outros casos excedem em muito os 90 dias.

ANEXO G – Entrevista ao Exmo. Sr. Chefe

JOSÉ GALHARDAS (em 20 de Abril)

INTERVENÇÕES CORPORAIS NA RECOLHA DE VESTÍGIOS
BIOLÓGICOS (ADN) PARA FINS CRIMINAIS

- A Acção da PSP -

NOME: JOSÉ ANTÓNIO DA COSTA LÁZARO GALHARDAS

PROFISSÃO: CHEFE PSP - 137798

Pergunta 1.

Na sua opinião, a colheita de vestígios biológicos e posterior análise constitui um exame ou uma perícia?

R: Aquando da recolha, a colheita de vestígios biológicos, constitui numa primeira análise um exame, porque pode ser realizado por qualquer pessoa ou OPC, sem especiais exigências de preparação ou conhecimento, a perícia pelo contrário, terá de ser levada a cabo por pessoa com especiais conhecimentos técnicos, artísticos ou científicos.

Pergunta 2.

A recolha de material biológico restringe direitos fundamentais pessoais. Na sua opinião, que direitos fundamentais são mais afectados e qual o âmbito admissível da restrição dos mesmos.

R: No sentido de não ser beliscado qualquer direito fundamental, foi criada a Lei nº 5/2008 de 12 de Fevereiro.

Pergunta 3.

Que pressupostos básicos regulam (ou deviam regular) a execução de medidas de recolha de vestígios biológicos?

R. Os pressupostos básicos estão plasmados no Código Processo Penal e da Lei nº 5/2008 de 12 de Fevereiro.

Pergunta 4.

Admite-se a existência de obrigatoriedade processual de um indivíduo se submeter à recolha de material biológico? Em caso de recusa, que consequências jurídicas recaem sobre o visado com a diligência?

R: Os artigos 154º, 172º, nº 1, e 173º nº 1 do Código Processo Penal espelham em parte essa obrigatoriedade, no entanto a consequência jurídica poderá enquadrar-se no crime de desobediência.

Pergunta 5.

À luz da legislação actual, mormente do nosso processo penal, poder-se-á, de alguma forma, admitir a recolha coactiva destes vestígios?

R: O CPP proíbe o uso da força, ver o u artigo 126º, nº 1.

Pergunta 6.

Qual deve ser a postura a adoptar pela PSP na recolha de vestígios biológicos (ADN) para fins criminais?

R: A PSP cumpre a Lei e os protocolos estabelecidos com o INML e LPC.

Pergunta 7.

Admite a possibilidade, em harmonia com outros países (Reino Unido), de que no futuro uma Autoridade de Polícia Criminal tenha competência para ordenar uma recolha coactiva de vestígios biológicos?

R: O uso da força terá de ser sempre acompanhado de uma mudança legislativa.

Pergunta 8.

Quais são as preocupações mais relevantes que se têm quando se efectua uma recolha de vestígios biológicos?

R: As principais preocupações que se têm de ter aquando da recolha de um vestígio biológico são:

1ª Não o contaminar.

2ª Não ser contaminado pelo vestígio.

Pergunta 9. Legalmente poderão os elementos das EEIJ, responsáveis pela recolha de vestígios biológicos no seio da PSP, ser denominados como peritos?

R: Os elementos da EEIJ estão formados e acreditados juntos do LPC e INML para efectuarem as recolhas dos vestígios em causa, não podem ser denominados de peritos porque não efectuam a perícia ao vestígio (extração do perfil de ADN e consequente exame pericial).

Pergunta 10. A nível nacional, é visível o auxílio da ciência ou de métodos científicos, em especial a análise de vestígios biológicos, na prossecução da investigação criminal (PSP)?

R: A investigação criminal assenta numa prova inquestionável e só com o acompanhamento tecnológico e utilização de novas técnicas e métodos mais simplificados isso será alcançado, nunca esquecendo o suporte legislativo.

Pergunta 11. Quais são os factores que condicionam a recolha de vestígios biológicos no âmbito da actividade desenvolvida pela PSP?

R: Os factores são:

- A não preservação do local de crime.
- Falta de formação dos OPC que gerem a ocorrência.

Pergunta 12. Quais são os procedimentos adoptados pelas EEIJ na recolha de material biológico, em especial, com ingerência no corpo humano?

R: De todos os exames intrusivos a PSP apenas efectua a colheita de saliva (amostra referência) e os procedimentos adoptados são aqueles que estão explanados na Lei nº 5/2008.

MARCO JORGE DA COSTA PEREIRA
Aspirante a Oficial de Polícia